

## 《論 説》

## 歴史叙述としての民事訴訟(1)

——ヴァン・カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』を中心に——

貝 瀬 幸 雄

学問は歴史に極まり候事に候

——徂徠先生答問書——

そもそも役に立つとはどういうことでしょうか。それは「実用主義的」な意味での直接的な有用性の問題ではない、とブロックは言います。歴史研究は時計をつくったり家具を組み立てたりするような仕事ではないからです。そこでブロックは、より広い意味で、人間の生き方と歴史はどのような関係を持ちうるかを考えていきます。まず第1に、一般の人びとが歴史にひきつけられるのは、学問的な知識欲以前に、そこに物語の面白さ、独特の美的な愉樂を見出すからで、この否定しがたい魅力を大切にしなければならない。「われわれの学問からこうした詩的な部分を取り去らないように注意しよう」とブロックは強調します。このような感性の重視は、実証主義の歴史学者が、学問としての科学性を確立するために可能な限り排除しようとしてきたものであるだけに、注目しておくべきでしょう。その上でブロックは、こうした感性に訴える歴史叙述の機能は、知的関心を充足させることと矛盾するものではなく、またその知的関心も単に知識を獲得するというよりは、諸現象のあいだに説明的な関係を見出す「理解可能性」*intelligibilité*の追究なのだという重要な指摘をしています。このような歴史の捉え方は、すでに3つの主著を検討するなかで具体的に見てきたところで、ブロックにとって歴史叙述とは、「特異なものを知る喜び」を読者に与えるだけではなく、多様な現象のあいだに相互関連を

読み取り、そこにひとつの理解可能な社会的図柄を描出する試みなの  
でした。まことにスリリングな精神の営みということになります。

——二宮宏之『マルク・ブロックを読む』(2005年)——

Die Geschichte des Zivilprozesses ist eine Leidensgeschichte.

——Knut W. Nörr, Naturrecht und Zivilprozeß (1976)——

## 1 序 言

「民事訴訟の歴史は受難・苦難の歴史である。古典的方式書手続や初期ローマ＝カノン訴訟のような比較的なじみのある時期はほんのわずかしが存在しない。少なくともドイツの領域においては、領邦国家から後期絶対主義までの数世紀も、暗黒時代に属する。ようやく自然法の全盛期の末になって、ライヒおよび諸領邦における普通訴訟がわれわれに見せる姿を自然法が解明してくれるのである」<sup>1)</sup>。

名著『自然法と民事訴訟』において、クヌート・ヴォルフガング・ネルは、このように民事訴訟法史の困難さを指摘する。単独の著者によるヨーロッパの規模での民事訴訟法の通史としては、今日でも『比較法国際エンサイクロペディア』の1巻として1973年に発表されたヴァン・カネヘムの『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』がスタンダードな労作としてあげられるにとどまる<sup>2)</sup>。本稿では、ヨーロッパ民事訴訟法史研究の出発点として、まずヴァン・カネヘムのこの著作を紹介したい(なお、カネヘムは1927年7月生まれであり、『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』は1971年1月に完成しているから、著者43歳のときの作品である)。わが国におけるヨーロッパ民事訴訟法史研究も、貴重な基礎資料というべき、

1) K. W. Nörr, Naturrecht und Zivilprozeß (1976) S.1. 同書につき、上田徹一郎＝田中実＝石田秀博「文献紹介 クヌート・W・ネール 自然法と民事訴訟——19世紀初頭に至るまでの自然法時代のドイツ民事訴訟法史研究——」法と政治38巻2号177頁(1987年)。

2) van Rhee, Civil Procedure: An Academic Subject?, 3.1 (2000). 本論文は、[www.personeel.unimaas.nl/remco.vanrhee](http://www.personeel.unimaas.nl/remco.vanrhee) からダウンロードしたものを引用した。

エンゲルマン (小野木常 = 中野貞一郎編訳) 『民事訴訟法概史』 (2007 年), 埴浩 『フランス民事訴訟法史』 (正・続 2 巻, 1992・1999 年), 鈴木正裕 『近代民事訴訟法史・ドイツ』 (2011 年), さらに精緻をきわめた傑作である水野浩二の 『西洋中世における訴権の訴訟上の意義』 (2005 年, 5 回にわたり連載)<sup>3)</sup> などにより格段の進歩を遂げたが, ヨーロッパ全域に及ぶ比較民事訴訟法の通史には十分に恵まれているとはいえない。本稿では, カネヘムの著作とともに, ヴァン・レー (van Rhee) のヨーロッパ民事訴訟法現代史も検討したい。

カネヘムの労作は, 「ヨーロッパ」民事訴訟法史というテーマ設定のためか, 西ローマ帝国滅亡後の 5 世紀から叙述を進めている。しかしながら, シュテュルナーの「ヨーロッパ民事訴訟法」に関する多くの論稿はローマ民事訴訟法から出発しており, そちらの構成の方がローマ = カノン訴訟の理解に本来は有益であるといえよう<sup>4)</sup>。

## 2 ヴァン・カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の紹介

(1) ヴァン・カネヘムはベルギー・ヘント大学名誉教授であり, ここで紹介する『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』以前にも, 『ノルマン・コンクエストからグランヴィルにいたるまでのイングランドにおける国王の令状』 (1959 年), 『フランドルの上訴に対するパリ最高法院の判決と裁判官』 第 1 巻 (1966 年)

---

3) 水野浩二「西洋中世における訴権の訴訟上の意義——『訴権を軸とする文献』についての一考察——(1)ー(5・完)」法協 122 巻 5 号・8 号・10 号・11 号・12 号 (2005 年), 水野浩二「西洋中世における法的関係の認識と訴権——学識的封建法を手がかりに——(1)ー(3・完)」北大法学論集 58 巻 6 号・59 巻 3 号・4 号 (2008 年), 水野浩二「中世学識法訴訟における職権と当事者 (1)・(2・完)」北大法学論集 60 巻 5 号・6 号 (2010 年)。

4) 貝瀬『普遍比較法学の復権』 (2008 年) 1 頁以下所収の第 1 論文「ヨーロッパ民事訴訟法序説」を参照されたい。また, アルトゥール・エンゲルマン (小野木常 = 中野貞一郎編訳) 『民事訴訟法概史』 (2007 年) も, ローマ民事訴訟法を詳論したうえで (103-260 頁), ローマ = カノン訴訟を扱う (280-343 頁)。

——第2巻は1977年刊——といった大作をすでに発表している。本章はカネヘムの『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の(比較法制史的知見に乏しい)非専門家による読書ノートの域を出ないことを、予めお断りしておく。

カネヘムの『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』は、①一般的序論、②中世第1期の原初的訴訟(5-11世紀)、③中世第2期の発達した訴訟(developed procedure)(12-15世紀)、④「アンシャン・レジーム」の学識訴訟(16-18世紀)、⑤近代的諸法典の時代(18-20世紀)の全5部に分かれ、「この歴史的序論の目的は、西ヨーロッパにおけるローマ支配の終焉から、19世紀および20世紀における大法典化と改革諸立法(Reform Acts)(の時代)にいたるまでの、民事訴訟の発展の大綱を——社会主義国を含めて——述べることである」とする<sup>5)</sup>。

同書の構成を詳しく見ておこう。目次の形で示せば次の通りである。

- (1) 一般的序論
- (2) 第1期中世の原初的訴訟(5-11世紀)
- (3) 第2期中世の発達した訴訟手続(12-15世紀)
  - (i) 序論
  - (ii) 訴訟手続の一般的説明 ((ア)近代化の動因, (イ)共通のヨーロッパ的特色, (ウ)保守的要素, (エ)ヨーロッパの多様化)
  - (iii) ローマ=カノン訴訟の発達 ((ア)ユスティニアヌス法典, (イ)裁判手続論と集成, (ウ)ローマ=カノン訴訟の主な特色, (エ)通常訴訟における証拠, (オ)略式手続, (カ)侵奪の抗弁と侵奪の訴え, (キ)形式時期の短さ)
  - (iv) イングランドのコモン・ロー訴訟手続の発達 ((ア)一般的説明, (イ)中央裁判所の発生, (ウ)令状制度の発生, (エ)令状制度のその後の発展, (オ)陪審によるトライアル, (カ)訴訟手続とプリーディング, (キ)コモン・ロー裁判所とローマ法)
  - (v) ヨーロッパ諸国におけるローマ=カノン訴訟の継受 ((ア)一般的説明, (イ)フランス, (ウ)イタリア, (エ)スペイン, (オ)ポルトガル, (カ)ドイツ, (キ)イングランド, (ク)低地諸国, (ケ)スウェーデン——北欧, (コ)ハンガリー, (サ)ボヘミア, (シ)

5) van Caenegem, History of European Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, vol.XVI, chap. 2 (1973), at 3.

ポーランド, (ス)スコットランド, (セ)スイス)

(4) 「アンシャン・レジーム」の学識訴訟 (16—18 世紀)

(i) 序論

(ii) 訴訟手続の概説

(iii) ドイツ ((ア)序論, (イ)帝室裁判所と制定法, (ウ)ザクセン法, (エ)18 世紀における状況)

(iv) フランス ((ア)序論, (イ)1667 年民事王令)

(v) スペインおよびアメリカ大陸

(vi) ポルトガルおよびブラジル

(vii) 低地諸国および南アフリカ

(viii) イタリア

(ix) イングランドとその海外領土 ((ア)序論, (イ)コモン・ロー裁判所の訴訟手続, (ウ)大法官裁判所の訴訟手続, (エ)訴訟に関する文献, (オ)海外のイングランド法)

(x) スコットランド

(xi) スウェーデン

(xii) ビザンティウムと東欧 ((ア)序論, (イ)ビザンティウム, (ウ)ブルガリア・セルビア・ルーマニア, (エ)ロシア)

(5) 近代法典の時代 (18—20 世紀)

(i)一般的説明, (ii)フランス, (iii)ドイツ, (iv)イタリア, (v)スイス, (vi)オーストリア皇帝の国土, (vii)ロシア, (viii)ギリシア・ブルガリア・セルビア・ルーマニア, (ix)スカンディナヴィア, (x)スコットランド, (xi)スペイン・ポルトガルとそのアメリカ領, (xii)イングランド, (xiii)イングランドと大陸, (xiv)最高法院法にいたる諸法律, (xv)アメリカ合衆国, (xvi)結論

以下ではカネヘムの叙述の順序に従い、『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の内容を辿ることにする。ヴァン・カネヘムは、前掲(1)の「一般的序論」の冒頭で「地理的限界」として次のように述べる。「ヨーロッパ諸国民の歴史的共同体は、何世紀にもわたって、ローマ、ゲルマン、ケルト、および若干のスラヴ民族から構成されており、その諸民族は、ラテン・キリスト教界 (Latin Christen-

dom) として、他の2つの古代からの偉大な遺産であるビザンツおよびアラブ世界とは別個の文明を形成した。その西洋共同体内部で、2つの大法体系が別個のルールと手続を伴って発生した。それらはローマ＝カノン訴訟とイングランドのコモン・ローの訴訟形式 (forms of process) であって、両者は今日のヨーロッパの状況を依然として支配している。西洋中世に進化した法は、近代において、その発生のエリアから流出した。ヨーロッパの亡命者は、北米および南米に自国の実体法と手続法を持ち込み、ローマ法とコモン・ローの諸国間のヨーロッパ的な区分をそこでも維持し、ヨーロッパにおける発展と密に歩調を合わせていった。数世紀にわたってギリシア正教会の一員であり、『第2のローマ』の崩壊後においても多くのビザンツ的伝統を保っていたロシアですら、近代においては西洋の強い影響下に置かれた。ここに含まれる地理的なエリアはきわめて広く、かつ、われわれのスペースには限りがあるので、主要なヨーロッパの発展のみを対象としなければならない」<sup>6)</sup>。

叙述の外延を画する以上の説明に続き、カネヘムは、前掲(1)の「一般的序論」において、(i)ヨーロッパ民事訴訟法史を含むヨーロッパ法発展の大綱、(ii)訴訟形式の歴史と密接に結びついた司法組織の歴史を簡潔に概観したのちに、(iii)「ヨーロッパ民事訴訟法史——理解可能な (Intelligible) 研究分野」という1節を設ける。

(i) カネヘムはヨーロッパ法史全般を、㉗第1期中世(5—11世紀)、㉘第2期中世(12—15世紀)、㉙アンシャン・レジームから近代大法典の時代(16世紀以降)に区分する。㉗は西ローマ帝国の崩壊とそれに続く蛮族化 (barbarisation) ののちの、混乱した後ろ向きの段階であり、ローマの帝国支配と普遍的な法は、部族の諸王国と部族法にとってかわられた。カロリング朝の法的統一を伴った多民族的新ローマ帝国を建設しようとするころみは失敗し、主にゲルマン起源の膨大な地方慣習法へと逆戻りした<sup>7)</sup>。この部分は訴訟法史としてみれば本書第2部に相当する。

6) Id., at 3.

7) Ibid.

①の時期には、「現状に対する抵抗がみられ、よりソフィスティケートされた社会が建設され、法分野における大きな変化が生じた。西洋文明に共通の、法的進化に向けたこの大きな努力は、さまざまな時期にさまざまなレベルであられる」<sup>8)</sup>。まず、ヨーロッパ的レベルでは、ローマ法大全 (Corpus Iuris Civilis) にもとづく学識的体系が諸大学において発展し (ローマ法のルネッサンス)、カノン法と密接に結びついて、絶大なprestigeを有するユス・コムーネとしてヨーロッパのすべての法学部で教授され、ラテン・キリスト教界のすべての教会裁判所で適用されて (また、すべてのヨーロッパの外交官も使用して)、国際的に機能した (ヨーロッパ全域の地方慣習にも影響を与えた)。国家的レベルでは、諸国王が制定法とともに国王裁判所 (royal courts) を設けることによって、裁判を改善し法発展を刺激する方策を講じた。イングランドのようにこのプロセスが早くから進行したところでは、新しい国家法は本質的に自国の産物で、封建的なゲルマンの観念にもとづいていたが、プロセスが遅れて始まったところでは、諸国王は法学部と教会裁判所にインスピレーションを求め、中世ローマ法と教会法を導入する傾向にあった。地方的レベルでは、小規模な君公たちや自由都市が法を改善する方向へ歩み出し、卑俗法の基礎として慣習ローマ法が存続していた地中海沿岸では新しい法が迅速に採用され、北方や中東欧では、若干の都市法が大きなprestigeを得た<sup>9)</sup>。以上の時期は、訴訟法史としてみれば、本書第3部 (12—15世紀) に相当する。

②の時代 (アンシャン・レジームの16世紀から近代法典にいたる時代) においては、ヨーロッパ的傾向およびローカルな傾向に対して、ナショナルな傾向が勝利をおさめ、すぐれた国家制度と法典とが舞台を支配する。中世学識法は1500年ごろにドイツ・ライヒの普通法として導入されていたが、その学問的レベルは低下してゆき、教会裁判所の管轄権も縮小された。19世紀には殆どの諸国は法典を有していたが、①法的思考に対するローマ法の継続的影響、②大量のローマ法を導入したフランスの大法典が多く の法典のモデルとなった

8) Ibid.

9) Id., at 3-4.

ことからして、法典化の結果生じた法的ナショナリズムは緩和され、19世紀のヨーロッパは実際上はヨーロッパ大陸法族とイングランド法族により支配されるにいたった（本書第4部以下に対応）。

カネヘムによれば、「民事訴訟の歴史は、全体として、一般的な法発展にきわめて密着しつつ進んでいる。しかしながら、手続法は実体法の単なる反射ないし副産物であると考えるべきではない。すなわち手続ルールと訴訟方式（forms of action）は、実体法の形成に重要な役割を果たすことが多かった。ヨーロッパにおいては、イングランドのコモン・ローの場合にとりわけこのことがあてはまり、さまざまな令状（writs）とそれに対応する訴訟の堅い茎のまわりで成長してきたのである」<sup>10)</sup>。

(ii) ひき続きカネヘムは「一般的序論」として、「民事訴訟と司法組織」について論ずる。カネヘムによれば、「12世紀以来学識法曹が発展させてきたローマ＝カノン訴訟の成功を保障したのは、その内在的な質のみではなく、ローマ＝カノン訴訟のルールと概念を導入し、それを日常生活に適用した教会裁判所の巨大なネットワークでもあった。上訴権のような、近代訴訟手続の多くの特色は、中央集権化された共同体においてのみ考えられる、裁判所の組織化・階層化されたシステムの内部でしか意味をもたない。歴史の示すところによれば、特定の訴訟形式の普及をもたらしたのは、裁判所の一定のネットワークであることがきわめて多い」<sup>11)</sup>。

第1期中世（5ないし11世紀）には、明確な階層や十分な相互調整を伴わない、きわめて緩やかに結ばれたローカルな裁判所が支配的であったが（そこでの法の発見は、両当事者の専門的でない同輩の職務であった）、それに続く第2期中世（12世紀から中世の終り〔15世紀〕まで）には、強力な中央裁判所が出現し（教皇裁判所、イングランドの国王裁判所、パリのパルルマン、ドイツの帝室裁判所

10) ここまでは、Id., at 4.

11) Ibid. カネヘムは、イングランドのコモン・ロー訴訟手続と国王裁判所（巡回もなされた）、パリの最高法院とその「スタイル」、ドイツ帝室裁判所（Reichskammergericht）とローマ＝カノン訴訟方式を例として挙げている。



を例示), 旧来の民族の寄り合い (folkmoets) や封建裁判所の管轄権は縮小する一方で, 都市の統治者 (administrators) が保有する強力な都市裁判所が新たに現れ, 「この時期は驚くべき司法上の多元主義の時代であって, 裁判所のさまざまなシステムが互いに人気と最高位を求めて競い合っていた」と評されている<sup>12)</sup>。この第2期には, 中央裁判所に学識ある専門職裁判官が登場し, (裁判官が大学卒業者ではない) ローカルな裁判所では専門的な法的助言者の役割が重要となった。

「近代ヨーロッパ法の発達により, 中央裁判所と学識裁判官とが勝利をおさめた。ローカルな裁判所の管轄権はドラスティックに切り捨てられ, 中央裁判所の監督に対して誇り高く抵抗していた多くの都市も, 今やその監督を受け入れざるをえなかった。宗教裁判官が担当していた種類の事件を世俗裁判所が引き受けたので, 教会裁判所は自らの管轄権を縮小した。伝統的な司法多元主義は, このように縮減した形で存続した。フランスにおいては, パルルマン (最高法院), 国王のバイイとセネシャル (royal bariffs and seneschals), 都市裁判所・封建裁判所・教会裁判所が, 実体法・手続法の差異をとどめたまま, すべて共存しているのを目のあたりにする。フランス革命にいたって初めて, この拡散状態はドラスティックに切除され, 世俗裁判所の単一の能率的なネットワークにとってかわられるのである。イングランドにおいては, 教会裁判所の管轄権は16世紀およびそれに続く数世紀の間に侵害され, 1857年の制定法によって大幅に削減された。コモン・ロー裁判所とエクイティ裁判所は, 1873年および1875年の最高法院法 (Judicature Acts) まで統合されなかった。近代の司法の光景は, 学識裁判官と, 複雑なテクニカリティにみちているために通常人にはますますアクセスし難い手続とによって, 支配された——それこそが, 諸法典と改革諸立法が抵抗した状況であった」<sup>13)</sup>。

12) Id., at 5.

13) Ibid. カネヘムは, 学識法曹の浸透の様子を具体例をあげて説明し, 司法の中央集権化のために1495年に設立された, 重要な上訴管轄権を有する「ドイツ帝室裁判所は半数が騎士, 半数が学識ある法律家であったが, すでに16世紀半ばまでには学識ある裁判官のみによって構成されるようになった」などと指摘する。

(iii) カネヘムは、「一般的序論」のしめくくりとして、「ヨーロッパ民事訴訟法史——理解可能な研究分野」という項目を設け、独立の研究テーマないし自律的学問分野としての「ヨーロッパ民事訴訟法史」の重要性を次のように強調する。これまでの叙述とあわせ、比較法制史の大家ならではのグランドデザイン、マクロの比較法史と評することができよう。

「ヨーロッパ大陸とイングランドにおける発展の相違、さらに、ヨーロッパ大陸への学識訴訟手続の普及の時系列的な相違を考えれば、はたしてヨーロッパ民事訴訟法史は可能であるのか、という問いが生まれるであろう。それにもかかわらず、すべてのヨーロッパの裁判所が辿った主要な段階が驚くほど基本的に類似しているために、ヨーロッパ的枠組みの中でこの主題を扱うことが、正当と考えられなければならない。第1期中世 (the First Middle Ages) における裁判所とその実務の基本的類似性は十分明らかである。しかしながら、イングランドと、ヨーロッパ大陸の裁判所とが、12世紀にヨリ進んだシステムをめざして異なった道を選んだあとでさえ、証明の合理化、司法権の集中、学識ある専門職裁判官の登場のような根本的特徴は、全ヨーロッパに共通である。しばしばそうであるが、われわれは主要な発展の基本的類似性と、それでも(多様なエリアと国々でその発展が現れる形態と時期の) 途方にくれるような多様性にと直面するのである。忘れてはならないのは、コモン・ローが独自の道を歩んだイングランドにおいてさえ、ローマ法にもとづくヨーロッパ大陸の学問の影響が欠如しているというにはほど遠かったということである。ローマ法は、イングランドにおいて12世紀半ば以降のヴァカリウス (Vacarius) の時代から教授されており、英国人はヨーロッパの共通の法的文法を学習するためにヨーロッパの諸大学でローマ法を学んでいたのみならず、コモン・ロー裁判所はイングランドにおける唯一の裁判所ではなかったのである。宗教改革後でさえ、教会裁判所はラテン教会 (Latin Church) のローマ=カノン訴訟手続に従っており、たとえば大法官裁判所や海事裁判所のような、若干のイングランド自生の裁判所 (some native English courts) も同様に、ローマ=カノン規則を適用していた。コモン・ロー法律家自身も、ヨーロッパ法律学のインパクトを感じる

か、少なくとも大陸の発展をフォローしていた。コモン・ローについてのまさに最初の著者であるグランヴィル (Glanvill) と、とりわけブラクトン (Bracton) は、ローマ法の知識を示している<sup>14)</sup>。

なおカネヘムは、同頁の文献案内のセクションで、「現在のところ、ヨーロッパにおける民事訴訟の全体的歴史あるいはその事項を含む全ヨーロッパ法史を論じた単一の作品は存在しない。ただし、若干の各国（別）訴訟法史あるいは（もちろんのことであるが）訴訟法も対象とする各国法史は存在する。偉大な法史学者の作品からの抜粋の翻訳からなる——R. W. Millar の編集による——大陸法史叢書 (Continental Legal History Series) 第7巻は読者に有益であろうが、これらの抜粋は調和のとれた論述をなしていないし、その表題が示すように英米法を対象としておらず、スペイン法も扱っていない（スペイン法が省略されているのは、きわめて残念である）」と説く。ヨーロッパ民事訴訟法の歴史に関する限り、カネヘムの著作を除けば、今日でも大きな変化はないといつてよいであろう。

(2) カネヘムの同書の第2部「第1期中世の原初的訴訟（5世紀ないし11世紀）」は、次のように論ずる。①ゲルマン民族による征服後の旧ローマ帝国のラテン的西部は、祖先の慣習を維持する部族と部族王国により構成されるにいたったが（地中海地方ではローマ法は「卑俗」慣習法〔“vulgar” customary law〕の形態で存続した。西ローマ帝国崩壊後の6世紀にユスティニアヌス法典が公表されたが、實際上ほとんど知られていなかった）、もっとも成功した国家建設者であ

14) Id., at 6. しかしながらカネヘムは、のちの「イングランドにおけるコモン・ロー訴訟の発展」という節の末尾では、「ローマ法をほとんど見出せないグランヴィルにおいては、自生の (native) システムがしっかりと確立されていると見ることができる。コモン・ローを、実体的な (ローマ的ですからある) 用語で述べようとするブラクトンの『望みのない、ヒロイックな努力』は事態を変えなかった。中央裁判所、その実務、その構成員は、大陸の例によって大きくおびやかされるには、あまりに自国の生活にしっかりと根づいていた。しばらくは、少なくともコモン・ロー訴訟手続で十分であった」と指摘している (Id., at 31)。

った大陸のフランク族とブリテンのアングロ・サクソン族が携えてきた訴訟手続は、地中海文明の影響をわずかしか受けない原初的・ゲルマン的なものであった（ここでは、法民族学者や比較法学者に倣って、原初的 primitive という表現を用いるが、非難するつもりはない<sup>15)</sup>。②この原初的訴訟手続は口頭で行われる。すなわち、「両当事者は、自らの請求と答弁（defences）を口頭で方式に従って述べ（formulate）、証人と宣誓補助者は自らの陳述内容を声に出して宣言する。とくに教会と修道院によって証書（charters）が利用され、判決書も作成されるが、訴訟手続は書面によって記録・保管されることはない。裁判所の記録は、そのローマの実務がメロヴィング朝に消滅して以来、存在しないのであった<sup>16)</sup>。③この訴訟手続は、非体系的で学識を欠いていた。初期中世のゲルマン慣習法の記録と、属州のローマ法の抄録ののちは、法発展について書かれた著作（treatise）は存在せず、観察と記憶が訴訟法を伝達するための源泉であった（ただし、教会は、公会議決議〔conciliar canons〕や教皇の勅令集の収集を決してやめなかった<sup>17)</sup>。④この訴訟手続は大衆的・通俗的（popular）で非専門的であった。裁判所の評議は公開で行われ、すべての自由人が出席し、そこで当該事件の法を発見し判決を下すのは臨時の（専門職ではない）裁判官であった（この法発見者のことを、“rachinburgii” のちには“sabini” といった<sup>18)</sup>。手続はインフォーマルである反面、儀式的でもあり、たとえば当事者が証拠提出の際に正確に遵守すべき方式に反することは致命的であった<sup>19)</sup>。⑤手続ルールは変化する慣習として発達し、学問や立法の影響を殆ど受けなかった。詳細な手続ルールの多くは、自力救済の要件、原告が被告の出頭を強制できる適法な手段（distress, replevin）、不出頭のための適法な免責事由（essoins）に関するものであった。裁判所は非常に弱体であったため、両当事者が了承した場合に限り、判決を執行できた<sup>20)</sup>。⑥証明方法はかなり非合理的なもので、手続全体

---

15) Id., at 8.

16) Ibid.

17) Ibid.

18) Ibid.

19) Id., at 9.

が宗教的雰囲気の中に浸っており、当事者および証人の宣誓のほかに証拠判決 (proof-judgments) ——すなわち、証明手段と誰がそれを管理するのかを指示する中間判決ないし終局判決——により課される多様な神判 (ordeals) が重要な役割を果たした。9 世紀には合理的要素が若干増加し、カロリング朝のもとで例外的ながら inquisitio (事実調査) 制度が導入され、証人の利用も改善されたけれども、両当事者の証人間で矛盾が生じたときは、証拠の批判的評価・吟味によるのではなく裁判上の決闘によって解決するという不合理な方法が聖ルイ王の布告 (816 年および 818-819 年布告) に規定されている<sup>21)</sup>。⑦通常裁判所では、地中海地域においてさえローマ法の諸原則は不在ないし脆弱で、圧倒的にゲルマン的な内容のフランク族の司法制度が、イタリアとスペインの一部に直接的影響を与え、イングランドを含むヨーロッパ全土に間接的影響を及ぼすにいたり、民事訴訟と刑事訴訟の基本的な区別や、原告に立証が課せられるという原則 (actori incumbit probatio) は、次の時代に再発見された<sup>22)</sup>。

(3) 『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の第 3 部「第 2 期中世 (the Second Middle Age) の発達した訴訟手続 (developed procedure) (12 世紀ないし 15 世紀)」では、カネヘムは、A. 序論、B. 訴訟手続の一般的説明、C. ローマ=カノン訴訟の発達、D. イングランドのコモン・ロー訴訟の発達、E. ヨーロッパ諸国におけるローマ=カノン訴訟の継受の各項目を検討している。

(i) 12 世紀への世紀の変わり目ごろに、「主にビザンティンとアラブ世界を犠牲とする海外への軍事的・経済的拡大」と「経済的・制度的・知的分野における内的発展」とが足並みを揃えて進み、「新興の拡大する都市、国際取引と産業、金融の拡大と人口統計学上の増加が、停滞した後進的農業経済にとってかわった」(西洋文明の進歩と拡大の時代)。カネヘムは次のように言う。

20) Ibid.

21) Ibid. カロリング朝における inquisitio 制度については、エンゲルマン・前注 4) 89 頁にコメントがある。

22) Ibid.

「近代の半官僚的な国民国家および都市国家は、古い貴族階級とその封建組織の役割を二次的なものに格下げした。中央集権化、官僚組織、および合理化が教会、王国、公国 (principalities) を変容させた。先行する数世紀のゲルマンのおよび封建的伝承は、迅速に除去さるべき、進歩への障害物のように思われる一方で、ローマの制度は新たな魅力を獲得した。ローマ法は、理性、組織、および中央のコントロールのもとでの運用上の効率を意味するものであった。ローマ法大全 (Corpus Juris Civilis) の壮麗な書巻に具現されているものとして、ローマ法は再発見され、啓示されたもの、法律家の最後の手段 (ultima ratio) として研究された。大学が誕生し、それとともに理論への新たな情熱が生じた。学問のあらゆる分野で、偉大な権威あるテキスト、宗教・法・哲学・医学の聖典が、詳細かつ体系的な研究に委ねられ、ひとつの広汎な国際的努力で、それらのテキストにもとづく中世の膨大な学識が樹立されたのである」。

合理的思考と読み書き能力は次第にヨーロッパ全土の一般人に普及し、このような進歩を拡大した。ヨーロッパの民事訴訟も以上の根本的変化の深い影響を受けた<sup>23)</sup>。

(ii) 以上の「序論」に続く「訴訟手続の一般的説明」では、カネヘムは、(ア)近代化の動因、(イ)共通のヨーロッパ的特色、(ウ)保守的 (保存された) 要素、(エ)ヨーロッパの多様化 (分岐) の4項目に分かって(イ)を中心に解説する。

(ア) まずカネヘムは、現代ヨーロッパの民事訴訟手続の多くの部分は、12世紀および13世紀の根本的革新・近代化にまでさかのぼるとしたうえで<sup>24)</sup>、重要な背景として、①訴訟手続のルールが学者や裁判官の体系的研究対象となり、書物や論文において記述・分析されるようになったこと<sup>25)</sup>、②専門職法律家の体系的訓練が大学の法学部ないしイングランドの法曹学院 (Inns of

23) 以上の叙述は、Id., at 11.

24) カネヘムは、たとえば、「1860年 (フランス) 民事訴訟法典は、1667年の『ルイ法典』 (Code Louis) の改訂版にすぎず、『ルイ法典』は数世紀にわたる学問・立法・裁判実務を取り入れたものである」、という (Ibid.)。

Court) で本格的に開始されたこと (ただし, 17 世紀まで, 大学ではローマ法とカノン法のみを教授していた)<sup>26)</sup>, ③ローマ法の精力的で広い影響を挙げている。とりわけ③については, 「ロマニズムの復興が, 法および裁判所の広汎な変化の主たる動因であると考えるのは, 過度の単純化である。早くから発達した若干の国は, 自国の裁判所と訴訟手続をローマ法の復興をまたずに近代化し, 自生の要素 (native elements) でこれを実現した。しかし, 教会と多くの諸国は, アルカイックな段階から社会が脱出するのに十分な訴訟形式 (forms of process) を求めて, ユスティニアヌス法典と学説彙纂 (Code and Digest) へと向かった。ローマ帝国を政治的実体として復活させようとする中世のころろみは失敗したが, 別の意味でのローマ帝国の再生 (Renovatio Imperii Romani) が生じたのである。シュタウフェン朝の諸皇帝が神聖ローマ帝国のために闘争して失敗した数世紀の間でさえ, その法と制度と『ローマ法の精神』は, ヨーロッパを征服していた」, という<sup>27)</sup>。

(イ) 第 2 に, この時代のヨーロッパ民事訴訟に共通の近代的特色として, カ

25) カネヘムによれば, 「訴訟のルールは, もはや放っておいてもよい無意識の発展に委ねられるのではなく, 学者および裁判官からの体系的考慮および研究の対象となった。慣習は理性法 (reasoned law) となった。手続は書物や論文の中で記述され, 分析され, 考察の対象となった。もちろんこれはローマ法とカノン法とがそうなのであって, そこでは 12 世紀の粗末な訴訟要覧 (ordines judiciarii) が発達して, Roffredus Beneventanus (1243 年直後に没), ドウランティウス (Durantius, 1296 年没) の立派な権威ある著作となった。それは世俗裁判所 (lay courts) でも同様であって, その手続は多少なりとも洗練されて記述され, ローマ法に依存していた。グランヴィル (1187 年/1189 年執筆) およびブラクトン (1268 年没) は, 訴訟方式 (forms of action) にきわめて集中したので, 彼らの著作は実体法と同程度に手続法にも関係していた。訴答方式集 (Brevia Placitata), Casus Placitorum, 新訴答集 (Novae Narrationes) は手続法に関連しており, エドワード 1 世の治世の初めからヘンリー 8 世の治世の初めまでに, どのように事件が処理されたかを生き生きと直接に報告している。年書 (Year Books) も同様である」 (Ibid.)。ヨーロッパ大陸では, 多くの裁判官や書記官が国家ないし地方裁判所での訴答のルールを書きとめ (たとえば, パリの最高法院の Guillaume de Breuil [1344 年没]), 中世後期にはより広い公衆のためにローマ=カノン訴訟についての著作の簡略版 (ローマ=カノン訴訟の大衆の文献) が執筆されるようになった (Id., at 12)。

26) Ibid.

27) Ibid.



ネヘムは、①訴訟手続の専門化・書面化<sup>28)</sup>、②証拠・証明の合理化<sup>29)</sup>、③司法事項に関する立法の重要性の増加<sup>30)</sup>を挙げたうえで、ヨーロッパの政治的・構造的区分の結果として、訴訟の近代化が3つの異なるレベルで同時に生ず

28) カネヘムの叙述をやや詳しく紹介しておこう。「あらゆる場所の裁判所はより専門化し、書面手続に向けて発達した。このことは、証拠収集、訴答、判決の発見が非公開で (in camera) 行われ、公衆から離れて行われるようになることを意味する。その結果として生ずる人々との接触の喪失と、訴訟手続の近づきたいテクニカリティとは次の時代にピークに達するが、その基礎はすでに存在していたのである。この動きは、単独の専門職裁判官が証拠を収集し、事件を審理し、当事者を審尋し、判決を下す教会裁判所において、きわめて深く迅速に進行した。ここでは手続はもっぱら書面化され、訴状と書面による主張、質問書 (interrogatories) に対する書面による回答、証人の証言録取書 (depositions) を伴うのである。これは、裁判所記録の慎重な保管、および、契約や遺言の真正なテキストを作成する非訟裁判権の行使 (exercise of a voluntary jurisdiction) と並んで進行した。……ヨーロッパ大陸の世俗裁判所では、この傾向は中世が終焉に近づくにつれて強まり、パリの最高法院でもっともよく観察できる混合種の訴訟手続 (mixed sort of procedure) を生み出した。すなわち、当事者またはその弁護士の出頭と口頭の訴答を伴う口頭の部分は保存されたが、受命裁判官 (commissioners) によるあらゆる重要な証人尋問 (enquêtes) は非公開で行われ、すべての訴訟記録 (dossier) は非公開で裁判官が研究した。イングランドのコモン・ロー裁判所では、書面の利用は重要な進歩をもたらした。訴えは令状 (writ) で始まり、証拠文書 (charter evidence) が重要であり、裁判所記録の保管は高度に発達したが、それでも訴答は口頭にとどまっていて、(民事事件においても) 陪審の利用がきわめて重視されていたために、事件の非公開の完全な専門的処理は不可能であった。コモン・ロー裁判所において書面手続が新しいドラマティックな進歩をもたらしたのは、ようやくまさに中世が終わろうとする頃であった」(Ibid.)。

29) Id., at 13. 後注 46) に相当する本文を参照されたい。

30) カネヘムはいう。「司法事項に関する立法は、先行する時代には稀であったし、カロリング朝の勅令 (capitularies) 以後は、ヨーロッパ大陸では実際上は国王の立法は存在しなかった。国王は良き古き法の維持者にして保証人であって改革者ではない、と考えられたのである。しかし、事態は変わった。ローマ=カノン訴訟の精緻化にあたり、学者もきわめて重要な役割を果たしたが、教皇の勅令集 (papal decretals) は無視できない。そして、コモン・ロー訴訟の主たる動因は裁判官であったけれども、ヘンリー 2 世のアサイズ (assizes) およびそれ以後の法律 (statutes) も同様に重要である。フランスにおいては、司法組織と訴訟手続に関するルイ 9 世の時代からルイ 14 世および 15 世の時代までのきわめて印象的な一連の王令 (royal ordinances) があつたし、その他いたるところで領邦君主や都市の magistrates が、この主題についてはるかに望ましい近代化を実現するために、しばしば立法を行った」(Id., at 12-13)。



るという複雑な事態をまねいた、と指摘する。

すなわち、「現実には、教会、国王と君公、都市の magistrates によって、何の調整もなく、各々独自の方法と領域で彼ら自身の観点から、訴訟手続の近代化が生じた。ヨーロッパ的レヴェルでは、ローマ＝カノン訴訟は、当時のコスモポリタンの諸大学において発達し、教会裁判所の国際的ネットワークに導入された。国家的レヴェルでは、諸国王は新しい中央集権化された司法制度を創設し、彼ら自身の各々の領域で新しい訴訟形式 (forms of process) を導入し、時には大学の営為を無視し、時には大学から多くを借用した。地方的レヴェルでは、ローマ法から借用しつつ、都市階級の要請に訴訟手続を適合させるためのきわめて多様な実験が行われた」<sup>31)</sup>。

(ウ) 第3に、カネヘムは、このような広汎な変化にもかかわらず、過去との絶対的な訣別がなされたわけではなく、若干の基本的な特色は保存されたとして、①「ヨーロッパの民事訴訟は、裁判上の紛争の範囲と内容は当事者によって特定される、あるいは逆に、裁判所は当事者が裁判所に提出したものに限りて考慮する、という原則に忠実なままにとどまった。この Verhandlungsmaxime (弁論主義) は、主張と立証に対する当事者支配と呼ぶのがもっとも適切である」、②「同じく不変であったのが、関連する原則、すなわち当事者は自らの実体上および手続上の権利について完全な支配を及ぼしており、これらの権利行使につき自由な選択権を有する、という原則である」(「対象事項に対する当事者支配」、Dispositionsmaxime [処分権主義]) と説く<sup>32)</sup>。

(エ) 第4に、発達した・先進的な (advanced) 訴訟手続の発生はヨーロッパ的現象であったが、ヨーロッパ全土で統一的な訴訟手続が確立されるにはいたらず、このような差異が生じたのは、ローマ＝カノン訴訟により影響を受けた程度が各国ごとに異なっていたからである。「何がローマの影響の程度を決定したのか。『卑俗』ローマ法が存続し、ローマの記憶が大きな魅力をもっているイタリア、スペイン、南フランスでは、古いロンバルド族や西ゴート族の慣

31) Id., at 13.

32) Id., at 14.

習による抵抗を過小評価はできないにしても、ローマ＝カノン訴訟は12世紀および13世紀に迅速かつ円滑に採用された。ここで主な役割を果たしたのは、都市の進歩的な *magistrates* と開明的君主であった。その他の場所では、新しい訴訟手続におけるローマの影響の程度と、自生的要素の強さとは、近代化が早い段階で生じたかどうか（早熟性）に依存していたように思われる。すなわち、司法改革が早ければ早いほどローマの影響は小さく、近代化がゆっくりであるほど、ローマ法の採用は、それがたまたま発生したときには、大規模であった」<sup>33)</sup>。

(iii) 次にカネヘムがこころみるのは、ヨーロッパ民事訴訟の近代化・多様化をもたらしたローマ＝カノン訴訟の発展過程の分析である。この部分は、(ア)ユスティニアヌス法典、(イ)裁判手続論 (*Ordines Judiciarii*) と集成 (*Summae*)、(ウ)ローマ＝カノン訴訟の主な特色、(エ)通常訴訟における証拠、(オ)略式手続、(カ)侵奪の抗弁 (*exceptio spoli*) と侵奪の訴え (*actio spoli*)、(キ)形成時期の短さの7項目から構成されている。

(ア) 「ローマ＝カノン訴訟は、その出発点が、教皇とその他の聖職者たちが若干の重要な新しい要素を追加したユスティニアヌスのローマ法大全 (*Corpus Juris Civilis*) であったため、まさにそのように名付けられているのである。ローマ＝カノン訴訟は、12世紀におけるローマ法の復興と、ローマ法に従って生活していた教会がその裁判所と訴訟手続を近代化する必要があったこととに関連して、出現した」。ユスティニアヌスの時代には訴訟手続は特別の体系的著作の対象ではなく、ローマ訴訟手続の構成要素はローマ法全体の中に散在していたため、12世紀の法律家はまずこれを収集し、独立の著作にまとめあげた<sup>34)</sup>。「グラティアヌスが道を示したカノン法学者たち (*Canonists*) は、教会法訴訟手続の要素を収集し、それとともにローマ法学者たち (*Romanists*) の業績を幅広く利用した。その時代の法律家教皇 (*lawyer-popes*) は、しばし

33) *Id.*, at 15. イングランド、ドイツ、フランスについての具体的説明は、*Id.*, at 15-16.

34) *Id.*, at 16.

ばローマ法から示唆を受けて指示を出し、そうしてローマ＝カノン訴訟手続が発生した。ローマ＝カノン訴訟は教会裁判所に導入され、遅かれ早かれ多くの諸国の世俗裁判所がこれに従うにいたった」<sup>35)</sup>。

(イ) このような民事訴訟手続の独立の著作は、「短く簡潔でしばしば無名氏による『裁判手続論・訴訟要覧』(ordines iudicarii)に始まり、著名な権威が執筆して民事訴訟の全体ないし一部を論じた真の『集成』(summae)となった」。他の分野でも「聖典」に適用されたスコラ主義の方法に従って、「関連するパッセージを集め、注釈を通じて文言を説明し、対応する箇所を比較し、区別(distinctions)によって明らかな矛盾を説明し、定義を用い、権威の典籍から演繹される一般原則を定式化し、『集成』(summae)の形で高度に抽象的な性質の包括的・体系的な著作を編集する」ものであった(カネヘムは、「グイレルムス・ドゥランティス Guillelmus Durantis の円熟した百科全書的な『裁判鑑』<sup>かがみ</sup> Speculum Judiciale [初版 1260-1276 年, 2 版およそ 1287 年ごろ]」にしばしば言及する。ドゥランティスは、ボローニャで学び、カノン法教師・裁判官・世襲領主管者・司教などの資格で実務的活動を行った<sup>36)</sup>)。「ローマ＝カノン訴訟はローマ訴訟の歴史的再構成ではなく、古いテキストの中に発見できたものに重要な追加をほどこした生ける(living)オリジナルな制度なのであった」。カネヘムは、管轄権、証明方法、判決の無効、上訴、とりわけ訴点決定手続(positional procedure)などにおいて、オリジナルな創造の程度は相当なものである、と指摘している<sup>37)</sup>。

(ウ) カネヘムは、ローマ＝カノン訴訟の主要な特色を次のように要約する。

「アカデミックな訓練を受けた専門職の単独裁判官が、訴状を受理し、当事者と証人を審問し、文書を閲読し、事実問題と法律問題を判断し、裁判官自らの確信に従って——もっとのちの段階になって、これは法定証拠理論によって変更された——判決を下す。この判決はヒエラルヒーの階梯に従って上訴に服しうる。訴訟手続は書面による」<sup>38)</sup> (ローマ＝カノン訴訟のモデルとなったローマ

35) Ibid.

36) Id., at 11, 22. ドゥランティスについては、エンゲルマン・前注 4) 292-293 頁。

法大全は、帝国後期の特別訴訟手続〔*procedure extra ordinem*〕を主に反映しており、そこでは、「通常」訴訟をプラエトル〔*praetor*〕の前での *in iure* 段階と〔非専門的〕裁判人による判決のための *apud iudicem* 段階とに分ける古典的区分は、単独の“judge-functionary”による審問と判決とに道を譲っていた、とカネヘムはいう<sup>39)</sup>。

(a) カネヘムによりつつ、これを敷衍すると、第1に、訴訟手続は書面としての訴状 (*written libel*) で開始される (若干の動揺ののち、13世紀以降一般的実務として定着した)。被告は書面による申立てでなければ答弁する義務はないとされ、訴状の正しい準備および争点についての表現 (*phrasing of the positions*) を助言する文献が重要となった。訴状には、両当事者および裁判官の氏名、原告の請求の内容、原告の訴えの性質 (*nature of his action*)、原告の請求の原因 (*grounds of his claim*) が記載されていなければならない。訴状は原告が裁判官に交付し、その写しが呼出状 (*summons*) とともに被告に送達された<sup>40)</sup>。

(b) 第2に、被告が出頭すると、裁判官は原告に自らの請求を口頭で陳述するように求め、仮に被告が請求を争う意思を表明したときは、争点決定 (*litis-contestation*) が完了する (その後、被告の申立てに応じて不濫訴宣誓〔*calumny oath*〕が続く可能性がある)<sup>41)</sup>。

37) *Id.*, at 16-17. カネヘムによれば、「学識法の文献は、ローマ法的 (*civilian*)、カノン法的、手続法的の3つのグループに分かれる。最後のものがわれわれの直接の関心の対象だが、他のグループの文献も、ローマ法大全およびカノン法大全 (*Corpus Juris Canonici*) 中の訴訟法的文言を論じている場合には、訴訟手続を付随的に研究していたのである。訴訟法的著作のグループには、ローマ法学者によるもの、カノン法学者によるもの、そして双方の学識法において博士であった著者たちによる多くの著作があった。サルヴィオーリ (*Salvioli*) が言うように、『このようにイタリアにおいてはローマ法学的傾向とカノン法的傾向とが合流し、ローマの *ordo* にもとづいて訴訟手続を完成し、論理的なものにするようにともに貢献した。教皇と博士の2つの創造的な力が競合して、新しいオリジナルな訴訟手続を生み出した。イタリアおよびその世俗・教会裁判所からヨーロッパ全土に広がっていったローマ=カノン訴訟はこのようにして誕生したのである』。

38) *Id.*, at 17.

39) *Id.*, at 16.

40) *Id.*, at 17-18.

(c) 第3に、この段階で被告から抗弁が提出されうる。抗弁のきわめて多数のカテゴリーは、ローマ＝カノン訴訟の著作の中でかなり大きなスペースを占める（たとえば、争点決定をなす義務から解放する延期的抗弁〔dilatory exceptions〕、悪意・脅迫・弁済などの滅却的抗弁〔peremptory exceptions〕<sup>42)</sup>）。

(d) 第4に、カネヘムの叙述によれば、「事件の本案についての争いは、訴点手続（positional procedure）の典型的形式をとり、すなわち原告は、『訴点』（positions）ないし『項目』（articles）と呼ばれる主張の一覧表（a written list of allegations）において、彼の訴えを構成する事実を厳格に陳述し、被告はその各事実を認めるかあるいは争うかいずれかでなければならず、他方で被告の答弁の事実についても同様に手続が進行した。裁判官による両当事者の取調べ・質問（Interrogation）が行われ、若干の論点については自白がなされるが（confessio）、他の論点についてはそうではなく、後者に関しては証拠が提出されなければならない。中世の発明である訴点手続（positional procedure）は、争点となっている真の問題の位置を正確に示す効用があり、そうすれば裁判官はその問題の調査に集中できる。ある訴点については中間判決にいたることもある」<sup>43)</sup>。

(e) 第5に、このように訴点（position）は書面に記載されており、書面による主張（written allegations）のみが判決の基礎となりえたということ——第4回ラテラノ会議（1215年）がその宗規（canon）38において、裁判官の面前でのすべての手順は書面による記録または調書の対象とすべきであると命じ、書面によるべきすべての iudicii acta を列挙している（「記録にないものは世界にない」〔quod non est in actis, non est in mund〕の原則）——は、旧来の口頭訴訟手続の直接性を失わせ、遅延を生ぜしめたが、反面で、書面手続の導入は、確実性・正確さ・規律をもたらし、当事者のイニシアティヴに大幅に委ねるとともに裁判官の裁量（指揮権）を制限した（最終的には法定証拠理論にいたる）<sup>44)</sup>。

41) Id., at 18. 不濫訴宣誓については、エンゲルマン・前注4) 312頁。

42) Ibid. 各種の抗弁につき、エンゲルマン・前注4) 309-310頁。

43) Ibid. 訴点手続につき、エンゲルマン・前注4) 314頁以下。

(f) 第6に、カノン法の主たる特色は上訴制度にあり、教皇の中央集権化の結果として構築された教会裁判所のヒエラルヒーと、ローマ法の復興によって照明を当てられた上訴制度とが12世紀に容易に調和したのである(ゲルマン法では上訴は知られていなかった)。カネヘムによれば、「きわめて詳細な規律(regulations)が<sup>44)</sup>、上訴の方式と上訴期間、終局判決に対する上訴と中間判決に対する上訴の区別、上訴裁判所に記録(the acts)を送付する下級裁判所の義務、上訴拒絶事由などの論点について次第に現れた。上訴の頻繁さと、上訴の異常な持続期間とは、実はアンシャン・レジーム期の訴訟手続に対する大きな不満の1つであり、その起源がカノン法にあることは明らかであった。上訴は非常に容易で、頻繁に行われた。当事者はいつでも、終局判決に限らず中間判決に対しても上訴でき、この意味するところは、1つの訴訟手続の途中で複数の上訴がなされうということであった。さらに上訴審においても争点決定(litiscontestation)があり、終局判決に対する上訴の場合には、当事者は新たな事実を主張できた。上訴は、単なる地方裁判所から司教裁判所(bishop's officiality)までヒエラルヒーの階梯を昇ることができ、この2つで認容されなければ、さらに大司教(archbishop)の裁判所からローマにいたるまで昇ることができた。……ローマ=カノン上訴手続は、学識訴訟が勝利をおさめたところであれば、ヨーロッパ中どこにでも導入された」<sup>45)</sup>。

(エ) カネヘムは、以上の「ローマ=カノン訴訟の主要な特色」の項目とは独立に、「通常訴訟における証拠」の項を設けて、証拠・証明の合理化と、「学識訴訟のもっとも顕著な特色のひとつ」である法定証拠理論を検討する。

(a) まず第1に、証拠・証明の合理化は、この時代の全ヨーロッパに共通の大きな変化であった。「超自然的なものに訴える魔術的世界観の産物である、儀式的な証明方法」が除去され、「合理的調査と、利用可能な証拠を批判的に選別することによって、事件の実体の発見にいたるテクニック」がこれにかわるとともに、「一定の人物の公正さについてのグローバルな評価から、特定

---

44) Ibid.

45) Id., at 19.

の請求の当否を導き出しうる一定の諸事実の真の推移を確定することへの移行」が生じ、「さらにもう1つ別の重要な移行があった。すなわち、旧来の立証方法は、対立当事者を破ることを目的としていたが（文字通り、裁判上の決闘で破るのである）、近代の証拠方法は裁判官または陪審に確信を抱かせることを目的とした」<sup>46)</sup>。

(b) 第2に、ローマ＝カノン訴訟の証拠方法として、自白（アックルシウス〔1263年没〕の時代から、これも証明〔*probatio*〕と呼ばれた）、証人、証書（*instrumenta*）、推定、教会の典型的な公知の事実、宣誓（カノン訴訟はあらゆる段階で宣誓を過大に利用しすぎて、もっとも神聖かつ最終的な証拠方法であったはずの宣誓の質が低下した）にカネヘムは言及している。証人による証言は一段とすぐれた証拠方法であり、証人尋問は以下のように行われた。「当事者は自己の側の証人の名を明らかにし、異議は裁判官が判断した。証人は呼び出され、両当事者立会いのもとで約束宣誓（*promissory oath*）を要求された。証人が尋問さるべき論点は特定され、一方当事者が書面に記載し、相手方に送付した。相手方からの異議および交互尋問（*cross-interrogatories*）についてさらに議論したのち、裁判官が証人を尋問する。これは発言の自由を確保するために両当事者不在の状態で行われるが、宣誓証言（*depositions*）は調書に記録され、その調書が当事者に読みきかされる。証拠の効果について論ずるのみならず、異議と反証も可能である。それから裁判官は、公表された宣誓証言が両当事者に交付されて、どちらの項目（*articles*）が立証されたのかを、評価する」<sup>47)</sup>。

(c) 第3に、原則として証明責任は原告にあるが（「原告が立証しなければ被告は免責される」*actori incumbit probatio, actore non probante reus absolvitur*）、各当事者は、自己の正当な権利のかわりに、個々の訴点（*positions*）を証明しなければならない。これは原初的訴訟における——証明の方法と誰が証拠を管理するかを指定する——証拠判決が消滅したことを意味し、大きな変化であった<sup>48)</sup>。

---

46) *Id.*, at 13.



(d) 第4に、法定証拠理論について、カネヘムは以下のように解説する。「手続の全体は先の数世紀よりもはるかに複雑であった。すなわち、一方当事者が正しく他方は誤っていることをいささか衝撃的なやり方で示す1つの証明方法にかかわって、すべてが多少なりとも関連のある一連の事実と証拠があり、その各々が軽重を評価されて慎重に吟味されるのであって、これは人間の知性に重い負担を課し、訓練された精神を必要とするテクニックであった。著作は細かな多数の証明方法 (modes of proof) およびそれぞれの評価にみちていて、その無限の多様性ゆえに、一般原則を定立しようところみている。たしかに、学識訴訟 (learned procedure) のもっとも顕著な特色のひとつは証拠に関するもので、法定証拠理論 (preuves légales といい、その表現は16世紀に生まれた) として知られている。法定証拠理論は13世紀および14世紀に基礎づけられ、アンシャン・レジームの終わりまで支配的であった。それは若干の後期ローマ的要素がその基礎を準備したが、中世に典型的なもので、典型的にスコラ的であって、証拠 (probationes) を定義し (それが類 [genus] を構成する)、それを多数の種 (species) に分割し (たとえばドゥランティス [1296年没] は12に分割し、時々さらに再分している)、それらを裁判官を拘束するヒエラルヒー的秩序 (gradus probationis) に分類した。完全な証明と完全に準ずる証明 (probationes plenae and semi-plenae) とがあった。すなわち、2人の証人は完全な証明となるが、1人の証人は完全に準ずる証明にすぎず、風評、内部文書 (scriptura

47) Id., at 19. そこで挙げられている各種の宣誓については、エンゲルマン・前注4) 326頁以下。「教会裁判所の代訟人 (advocates) は、特定の要素の一致ないし不一致、あるいはその強弱に注意を喚起することにより、彼らの各依頼人がどの論点を立証し、相手方当事者がどの論点の立証に失敗したかを確定しようとして、宣誓証言を詳細に調べることが通常であった。これは「赤欄」の作成 (drafting the rubricae) —— 「赤欄」 (Rubrum) について、エンゲルマン・前注4) 375, 391頁 (貝瀬) —— として知られ、それを検討する裁判官に交付されるか、またはある『思慮のある人物』に調査のために与えられた。代訟人はあまりに不公平であると判明したので、多くの裁判所は、特別の審査人 (examinatores) にこれらの赤欄を作成する職務を課したのである (われわれは、パリ最高法院の報告担当裁判官 (rapporteurs) の『抜粋』および examinatores rubricarum の中で、再びこれらの『赤欄』に出会う)」 (Ibid.)。

48) Ibid.



domestica)なども同様であった。半証明(half proof)は補充的宣誓で完全なものとすることができ、あるいは被告にカノン法上の無罪の証明(purgatio canonica)を課すこととなった。階梯の頂点は notorium であった。社会的地位、性別、年齢、宗教、経済状況に応じて証人の信用度に関する法的分類がなされていた。同様に、立証事項における要件の相違に応じて訴訟も分類されていた。刑事事件はもっとも完全な証明を必要とし、略式民事事件では完全に準ずる証明で十分であった。同順位の証拠間で矛盾した場合のルールが定められた。バルドゥス(1400年没)とともに古典理論は完成し、そのもっとも権威ある解説はドゥランティスによってなされた。……その理論が、考えるすべての証拠方法を定義・分類し、裁判所の自由な判断にかえて、法規により指示された強制的確信(compulsory conviction)を用いようと馬鹿げた努力を重ねるようになると、法定証拠の体系は収拾がつかなくなった<sup>49)</sup>。

(e) 第5に、以上の証明に、当事者の代訟人(advocates)が口頭で行う「討論と陳述」(disputationes et allegationes)——証明と事件に適用された法についての議論——が続くことがあり、その要旨が調書に記載され、最終的に当事者が弁論を「終結する」と宣言すると、裁判官は審問を終結し、判決を準備する<sup>50)</sup>。

(オ) 以上の通常訴訟よりも緊急を要しかつ複雑でない事件を処理するための、より迅速な訴訟形式が必要となり、教皇クレメント5世のサエペ Saepe 教令(decretal)(1312年ないし1314年)によって迅速な略式手続が正式に導入され(すでに13世紀に実務上の改革が進展していた)、教会・世俗裁判所のいずれにおいても非常にポピュラーとなった。その手続は、①原告に事件を口頭で陳述する機会を与え、②訴状および争点決定(litiscontestatio)を省略し、③裁判官に遷延的異議(dilatory exceptions)を排除する権限、大幅な活動の自由、当事者に質問する(interrogate)権限を与え、④当事者の操作・策略の余地を制限して、証拠提出のための短いタイム・リミットを設定し、⑤中間的裁判に対す

49) Id., at 20.

50) Ibid.「討論と陳述」につき、エンゲルマン・前注4) 318頁。

る上訴を排除する、という内容であった<sup>51)</sup>。

(カ) ローマ=カノン訴訟における侵奪の抗弁 (*exceptio spolii*) と、侵奪の訴え・占有侵害の訴え (*actio spolii*) は (とりわけ後者は)、多くの国の法に影響を与えた制度で、きわめて重要であるから、独立のセクションが必要であるとカネヘムはいう。この制度は、ローマ法のアクチオやヨリ後の段階のローマ的占有訴権 (*Roman possessory interdicts*) に由来するものではなく、初期中世の「占有」保護への関心と教会法——司教保護のための9世紀の *pseudo-decretals* に始まる原則 (カノン法上の回復の訴え *actio ex canone redintegranda*) ——にもとづいており、12世紀にローマ法を基礎として法の体系化をこころみた法律家にとって、中世のこのような発達は不可解であったため、中世後期のカノン法とローマ法 (の占有的救済) の枠組みに適合するように再構成され、ローマ=カノン訴訟に導入された。ローマ法の占有訴権、すなわち「強迫のためになされたことについての訴権」 (*actio quod metus causa*) および「詐欺 (悪意) の訴権」 (*actio doli*) が有益な典拠と概念枠組みを提供し、のちに占有侵奪の訴え (*actio spolii*) として知られるにいたったのである。ローマ法の注釈学派 (*civilian glossators*) にほとんど無視された占有侵奪の訴え (*actio spolii*) は、中世ローマ法の注解学派・後期注釈学派 (*school of commentators*) によって一般的に受容され、イタリアの世俗裁判所に絶大な影響を与えた。フランスにおいては、すでに中世から教会実務を通じてカノン法上の占有回復の訴え (*action ex canone Redintegranda*) が浸透しており、不動産占有侵奪の被害者に対し裁判実務が早くから自生的に (*native*) 発展させてきた古典的な占有妨害排除訴権 (*complainte en cas de saisine et de nouvelleté*) と融合した。フランスの多くの著者はこの2つの訴権 (*complainte* と *réintégrande*) を混同しており、ナポレオン民法典は占有回復訴権 (*réintégrande*) のみを規定した (2060条)。イタリア法の *redintegranda* (占有回復訴権) の原型は9世紀のフランスに求めることができ、イタリア法律家と教皇によって12世紀および13世紀にロー

51) *Id.*, at 20-21.

マ=カノン制度に導入され、それに続く時代にフランスに継受されて、19世紀にイタリアの法律家に再び影響を及ぼしたのであるから、国際交流の顕著な一例であるとカネヘムは指摘している<sup>52)</sup>。

(キ) ローマ=カノン訴訟概説の末尾(「形成期の短さ」)でカネヘムは、「ローマ=カノン訴訟は法史の驚異の1つである。それは仰天するほどの短期間で完成にいたった。『訴訟要覧』(ordines iudicarii), Bulgarusの小冊である Summa de iudiciis (1123-1141年)と、グイレルムス・ドゥランティスの円熟した百科全書的な『裁判鑑』(Speculum Judiciale)(初版1260-1276年、2版はおおよそ1287年ごろ)との間に、4ないし5世代が過ぎ去っている。その時代に、今日にいたるまでいくつかの大陸の多くの諸国の裁判所にとって基本的なものである体系が考えられ、造形され、法学の新分野が創造されたのである。そのラテン語は、すべての国家が貢献でき、そこから利益を受けうるということを確実にした」としつつ、この「システムはそれ自体の完璧さの犠牲となった、ということができる。そのレヴェルは、通常の訴答者の手の届く範囲を超えていた。それはドゥランティスが1296年に没したときまでに、その創造力を使い尽くしていた」と評価する<sup>53)</sup>。

(iv) イングランド法の特異性を強調するカネヘムの立場は本書においても一貫しており、『ヨーロッパ民事訴訟法の歴史』第3部「第2期中世の発達した訴訟手続」は、ローマ=カノン訴訟の発達と並んで、「イングランドのコモン・ロー訴訟の発達」を(ア)一般的説明、(イ)中央裁判所の発生、(ウ)令状制度の発生、(エ)令状制度のその後の発展、(オ)陪審によるトライアル、(カ)訴訟手続とブリーディング、(キ)コモン・ロー裁判所とローマ法の7項目に分けて分析しているが、それは次の文章で始まる。

(ア) 「シヴィル・ロー法律家とカノン法学者(civilians and canonists)が彼らの訴訟手続を創造しているのと同時に、非常に異なった人々の集団が、イング

52) Id., at 21-22.

53) Id., at 22.

ランド王国に普遍的重要性をもった役割を果たす新しいコモン・ローと新しいコモン・ロー訴訟手続を提供しようと活躍していた（すでにエドワード1世の時代に「コモン・ロー」というフレーズは通用しており、それはカノン法学者から拝借したものであった）。この2つのグループは、非常に重要な要素——合理的探求、信頼できる訴訟方式（forms of action）、中央からの刺激とコントロール、専門職裁判官——を共有していた。それらは基本的により良い司法（better justice）という同じ要請をみたし、アルカイックな訴訟方式に反抗するものであった。それでも、同じ中世の枠内で発達したこれら2つのシステム以上に、この共通の目的を実現するための異なった方法を想像するのは困難であろう<sup>54)</sup>。

カネヘムの叙述は、ヨーロッパ大陸とイングランドにおける民事訴訟手続の並行的発展を指摘するものの、双方の交流ないし継受について述べるところはきわめて少なく、「ヨーロッパ」民事訴訟法史というよりも、「比較」民事訴訟法史の前提として意義あるものといえよう。すなわち本章の叙述は、冒頭の「一般的説明」を除けば、イングランド民事訴訟法史に終始することになる。その「一般的説明」の項での、カネヘムの簡潔な比較を見てみよう。

① イングランドの冒険は、自生の要素（native elements）の調整ないし再形成による司法改革、すなわち国王裁判所（royal courts）の発達に始まり、第1審としての国王裁判所が次第に伝統的な地方的裁判所（local courts）にとってかわっていった。これに対し、ヨーロッパ大陸では、偉大なローマ法大全の発見によって刺激を受け、新しいローマ＝カノン訴訟手続が地方の教会裁判所（local Church courts）で適用された<sup>55)</sup>。

② イングランドでは、コモン・ロー裁判所のメンバーは法学部卒業生から採用されたわけではなく、王立施設（のちにはインズ・オヴ・コート）での実務と経験を通じて訓練された。「イングランドの訴訟手続は学問から生じたものではなく、全体として法学部を無視したが、主に裁判官と訴答者（pleader）と

54) Id., at 23.

55) Ibid.

が発達させたものであるため、裁判実務が浸透していて、先例 (precedent) と結びついており、法原理を守る一方で、実践的要請をみたすためのフィクションをもおそれなかった。教会裁判所は、学者が作成したきわめて論理的な訴訟手続を継受した<sup>56)</sup>。

③ イングランドにおける実体法と手続法との関係は、訴訟形式 (forms of process) が法を支配し、当事者の権利は令状とブリーディングの形式で表現され、実体法は訴訟手続によって論じられるというものであったが、ヨーロッパ大陸の法学部では事態はまったく異なり、独立の訴訟法学が発達したのは、法学部の活動の驚くべき成果の1つである<sup>57)</sup>。

④ イングランドの裁判所では、近隣から選ばれた通常人 (ordinary people) の陪審が事実問題についてコモン・ロー訴訟で決定的役割を果たすという点が重要であり、増大しつつあるテクニカリティ、難解なロー・フレンチ (Law-French) で記されたブリーディングへの対抗策となったが、ローマ＝カノン訴訟ではこれに類した通常人の参加制度は存在しなかった<sup>58)</sup>。

カネヘムは、イングランドの訴訟手続とローマ＝カノン訴訟はいずれも決定的な1世紀の間に確立した、と指摘する。すなわち、イングランドにおいては、クラレンドン制定法 (Constitutions of Clarendon) (1164年) および新侵奪不動産回復訴訟 (Assize of novel disseisin) (1166年) に始まり、ブラクトンの著書 (1256年) およびオックスフォード条約 (Provisions of Oxford) における・新しい当然令状 (writs de cursu ; writs of course) に対する制限 (1258年) にいたる1世紀、ヨーロッパ大陸では、Bulgarusの著作 (Summa de iudiciis) (1123-1141年) からドゥランティスの『裁判かがみ鑑』 (1260-1276年) にいたる1世紀である<sup>59)</sup>。

(イ) イングランドにおいては、数世紀にわたって単一の中央国王裁判所 (a

56) Ibid.

57) Id., at 24.

58) Ibid.

59) Ibid.

central, royal court) が存在し、まずノルマン時代には王会 (curia regis) も司法的役割を果たしたが、裁判業務の主要な部分は、地方的裁判所 (local courts)、共同体の州およびハンドレッド裁判所 (communal county and hundred courts)、封建・荘園裁判所 (feudal and manorial courts) が担当していた。12 世紀に地方的裁判所は重要性を失い、イングランド全土の自由人からの訴えを審理する国王の裁判官が中央裁判所 (capitalis curia) を構成するようになった。

「国王はおおよそ 1100 年ごろから、justices in eyre と呼ばれた巡回裁判官をカウンティに派遣することを始め、人々は彼らのところに訴えを提起した。巡察 (巡回裁判。eyres) は、ヘンリー 2 世治下 (1154 年-1189 年) にきわめて頻繁になされた。人々はまた地方的裁判所に訴えを提起するかわりに国王または国王の裁判所の裁判官に訴えを提起する特権のために金銭を支払った。多くの者は、裁判所のいくつかのネットワークの混乱、地方の有力者の過度の影響、法の一般的危機を警戒して、司法外のルートで……回復・賠償・保全の先制的行政命令を通じて、国王から彼らの不平の補償を得た。これが再び中央の裁判官の権限を拡大し、命令の名宛人による異議事件において、彼らのもとへの訴えを発生させる結果となりえたのである。精力的なヘンリー 2 世は、その治世の初期において、現実に大発生した土地の不法な占有侵奪ないし強奪を全国的規模で抑制すると決定した。ヘンリー 2 世は、これを伝統的な地方の組織に委ねずに、彼自身の官吏を送り出して、不法な占有侵奪につき有罪であるすべての者を訴追させた (おそらく 1166 年)。数年後に実験は繰り返され、1176 年に近時のあるいは新たな不法な占有侵奪に関する新しい『アサイズ』(assize) すなわち王令が発せられた。……ただちに、個人のみならず出廷している陪審によっても提起できる近時の不法な占有侵奪の訴追 (prosecutions for recent unlawful disseisin) は中央裁判所の確立した特色となった。かくして、再び中央の裁判官は国家全体に迅速な司法 (prompt justice) をもたらした」<sup>60)</sup>。

中央裁判所の職務が拡張しすぎたため、王会 (curia regis) 内部での専門化

---

60) Ibid.

が不可避となり、13世紀には、①租税事件に特化した財務府裁判所 (Court of Exchequer)、②王座部 (King's Bench)、③巡察裁判官 (Justices in eyre) すなわち国王の裁判を地方に提供する巡回中央裁判官、③人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas ないし Common Bench) といったコモン・ロー裁判所が、すべて単一体の国王裁判所を形成した。③がもっとも重要であって、ウェストミンスターに本拠を有し、通常訴訟を担当した。ここでコモン・ローが創造された<sup>61)</sup>。

(ウ) イングランド中世法のもっとも重要な特色である訴訟方式 (forms of action) ないし令状制度がコモン・ローを支配するにいった理由は、その発生源に求められる (訴訟方式は1875年に完全に廃止された)。「中央裁判所は例外的なものであったので、通常の訴訟当事者の中央裁判所へのアクセスが認められたのは、国王の特別の関心を惹く、限られた数の、十分に定義された特定の権利侵害・不法行為 (wrongs) にすぎず、しかもこれらの事件を審理するようにとの国王の特別の付託にもとづく場合であった。これらの国王の付託とは、令状 (writs) と呼ばれたステロタイプ化された文書であった。それらは国王裁判所におけるプリーディングを開始するがゆえに、訴訟開始令状 (original writs) と呼ばれた」<sup>62)</sup>。「誤った訴訟方式によって訴えた当事者は、残念ながら誤った請求となり、別の令状を獲得しなければならない。もし原告が複数の代替可能な訴訟方式を有しているときは、原告はそれらを適正な順序でとりあげなけ

61) Id., at 24-25.「これらの組織の裁判官 (officials) は、大規模な封建的直接受封者 (feudal barons) 出身のさわめて多様な階層の者たちであった。彼らは、イングランドにおけるもっとも有能で経験豊富な者たちに属していた。彼らの多くは高度の教育を受けた聖職者であって、国王の事業における型通りの仕事を通じて高位に昇った。12世紀および13世紀前半における裁判官は国王の clerks であったが、13世紀後半および14世紀前半には、法廷でキャリアを積んだ者がこれにかわった。ストーントンのハーヴェイ (Harvey of Staunton) を除き、1316年以後は聖職者裁判官は選任されなかった。そのときまでにサージャントの組合 (order of serjeant at law) ——サージャントとは指導的実務家であって、組合のメンバーとなるよう国王から促された——は創設されていた」(Id., at 25)。

62) Id., at 26.



ればならず、訴訟においてとられるべきさまざまな措置についてもこれと同じルールが適用された。原告の請求の原因および趣旨の陳述（すなわち訴訟原因項目〔count〕、原告第1訴答〔narratio〕）がほんのわずかでも彼の令状からそれると、原告は直ちに敗訴する」。国王の令状は大法官府で作成されたため、大法官府は令状制度の発達に重要な役割を果たすこととなった<sup>63)</sup>。

「訴訟開始令状の数は制限されていて、それらのリストが回覧され、既存の令状のいずれにも入らないが保護に値すると感じられる新しい不服申立てをカバーするために、新しい令状を考案・発明することも可能であった」。「令状は、さまざまな時点の多様な状況下での、さまざまな権利侵害（wrongs）のために考案されたので、それが導入した手続は当然に多様で、合理化・効率化されておらず、令状の名称は訴えの名称であり、各々の訴えが、召喚ないし出廷保証手続（attachment）、欠席、審理不出頭申立て、証明責任、証拠（大アサイズ〔grand assize〕・小アサイズ〔petty assize〕・雪冤宣誓・証人）、執行手続に関して相違していた」。さまざまなタイプの事件をカバーする令状は、実体法のカテゴリーや何らかの法の見取り図（legal plan）にもとづくものではなく、中央裁判所が第1審の例外的裁判所から通常裁判所へと徐々に断片的に発達していったこと（piecemeal rise）から、このような手続の多様性が生じたのである<sup>64)</sup>。

国王による令状の歴史はアングロ・サクソン時代にまで遡ることができ、当時は国王の令状は、令状を得た原告に対しすみやかに裁判を行うよう地方的裁

63) Id., at 25.

64) Id., at 26. 令状の「背後に何らかの見取り図があるとしたら、社会を覆すような多数の共通悪であって、現行裁判所がきわめて緩慢・厄介でコストのかかる方法でしか処理していないものに対し、国王の十分な救済を提供するということのみであった」。このような多様な事件として、カネヘムは、①近時の、土地の占有侵奪（disseisin）〔暴力的手段で土地に侵入する、他人の土地を耕して収穫する、他人の土地に家畜を放って牧草を食べさせる〕、②最終の聖職選挙（darrein presentment）、③相続不動産占有回復訴訟（mort d'ancestor）、④土地保有態様が自由寄進保有（frankalmoign）か世俗的封土権（lay fee）であるのかという紛争、⑤債務者が返済を拒んだこと、⑥農奴が荘園から逃亡したこと（naifty）などを挙げる（Ibid.）。



判所の裁判官 (lord) に命ずるもので、権利を実行するようにとのこの命令を権利令状 (writ of right) といった。土地を不法に侵奪されたと主張している原告に土地を回復するための国王の行政命令に始まり、濫用の危険を避けるために司法化されるにいたったのが下知令状 (writ praecipe) であって、グランヴィルによって訴訟開始令状 (original writ) と位置づけられるにいたった。その他の令状はヘンリー 2 世時代の 4 つの小アサイズ (petty assizes) を根拠とする例外的なものであった (不動産占有侵奪令状 [writ of novel disseisin], 相続不動産占有回復令状 [writ of mort d'ancestor] など)<sup>65)</sup>。

訴訟開始令状は、相当な手数料 (reasonable fee) の支払があれば、当然のこととして通常の自由人に付与されるようになった (当然令状 [writs de cursu; writs of course])<sup>66)</sup>。

(エ) 「グランヴィル」と通称されている『イングランドの法および慣習に関する論考』(Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae) (1187-1189 年) は、先行する 2 世代の間の国王裁判所の急激な拡大を記述した最初の注目すべきところみであったが、グランヴィル後にも、既存の令状の在庫を補充する多数の新しい令状が開発された。「その由来からして、これらの令状は、その正確な表現に含まれる事件に限定された。もし、それ以外の類似の事件が裁判所の範囲内で規則通りに提起されると、そのつど新しい令状が考案されなければならなかった。令状はその訴えのまわりに境界線を描き、訴えは狭い範囲に制限され、どれほど類似していても他の訴えに拡張できなかった。だれも国王の令状およびその事件の権利令状がなければ、国王のコモン・ロー裁判所に訴えを提起できないというのが、変わらぬ原則であった」。

カネヘムは新しい令状の例を挙げ、①新侵奪不動産占有回復訴訟 (assize of novel disseisin) は、不動産占有侵奪者と被侵奪者との間でのみ利用でき、各々の法定相続人との間ではアサイズ (訴訟) が利用できなかったため、侵奪者の法定相続人に対しては不動産占有回復訴訟令状 (writ of entry sur disseisin) が、

65) Id., at 26-27.

66) Id., at 27.

被侵奪者の法定相続人には“de quibus”と呼ばれる不動産占有回復訴訟令状が、そのギャップを埋めた、②元来は期間不動産権 (term of years) で土地を保有していた者が、期間経過後にこれを返還しない場合には、(権原消滅後の土地保有であるから) 新侵奪不動産占有回復訴訟は提起できず、賃貸地立入りに加えての占有侵奪回復令状 (writ of entry ad terminum qui praeterii) が考案された (土地保有者の権原からの個々の流出物 [particular flaws in a tenant's title] に対応するために、このような多くの不動産占有回復令状 [writ of entry] が考案されたのである)、③13世紀半ばに国王裁判所に出現した侵害訴訟 (Trespass) は、主に巡回陪審裁判制度 (nisi prius system) により14世紀半ばまでには一般的な訴訟となり、侵害訴訟令状 (writ of trespass) ——これは理由開示令状 (writ of ostensurus quare) から生まれたものである——によって新しい訴訟が多発するようになった、④この権利侵害訴訟 (trespass) がさらに発展したものが、特殊主張令状 (writs upon the case) および引受訴訟令状 (assumpsit) であった、と説く。

これらの令状はすべて書式集ないし登録簿 (register) に収録されており (最初の公認の登録簿は1227年までさかのぼり、膨大な注釈が付された令状登録簿はコモン・ローの中核的文書となった)、令状は大法官府が創出したが、誤った令状はつねに裁判官が破棄できたから、大法官は裁判官の同意なく新しい令状を導入することはできなかった。「12世紀後半および13世紀前半は、集中的な発明の時期であり、きわめて多くの新しい令状が定式化されたので、ブラクトン (Bracton) は躊躇せずに訴訟原因であるのと同じほど多くの方式があるといっている。……この若々しい情熱は抑制され、ブラクトン以後には明らかに『令状登録簿』の硬直化、そのシステムの硬化が生じた」。新しい当然令状に対し制限を課した1258年オックスフォード条例 (Provisions of Oxford) にはすでに言及したが、さらに1285年ウェストミンスター第2法律 (Statute of Westminster II) は、わずかな修正を含む場合に大法官府が新たな令状を考案することを認め、それ以外のときはその事項を議会に提出するものとしたので、新しい立法によって追加・変更される場合を除き、実際上は訴訟手続開始令状登録簿

(Register of Original Writs) は閉鎖されることとなった。初期の立法例としては、不動産占有回復訴訟令状 (writs of entry sur disseisin) の形成に対する制約を廃止した Marlborough 法 (1267 年)、エドワード 1 世のもとでの重要な立法活動 (多数の新しい訴権が制定法によって付与された。たとえば、1285 年の条件付贈与法 [Statute de donis]) がある<sup>67)</sup>。

(オ) 陪審によるトライアルについて、カネヘムは次のように分析する。「イングランドにおける陪審の起源は、これまで大いに論じられてきた。ノルマン・コンクエストの直後からイングランドに見出される、国王のオフィシャルが用いた行政上の・宣誓にもとづく審問 (administrative, sworn inquest) は、ノルマン人によるフランク族の inquisito の輸入であると認めてもさしつかえないかもしれない。ここにヘンリー 2 世の時代の recognitions (陪審制) の 1 つの淵源がある。他方で、宣誓にもとづく近隣者の陪審員団は、通常訴訟においても時おり用いられ、1066 年前においてさえ、その痕跡がある。他の諸国、とりわけスウェーデンでは、早い段階からこれに相当する制度を知っていた。ヘンリー 2 世は、危険な神判 (ordeals) に代えて、陪審を彼の司法改革の中心に据えたのである」。「ヘンリー 2 世と彼の助言者が、合理的 (理性的) で信用できる証明 (および犯罪訴追) 方法を求めて周囲を見回したところ、陪審は彼らが発見できた最上の方法であった。宣誓にもとづいて質問に答えるために、官吏 (public officer) が召喚したかまたは当事者が合意した隣人の集団として、陪審はすでに馴染みのある制度であって、行政的審問や土地に関する訴訟で時おり利用されていた」<sup>68)</sup>。

陪審制——これは 12 世紀には上記のように “recognitions” と呼ばれており、“jurata” はより後代の言葉である——は、コモン・ロー訴訟の特徴を保持するのに大いに役立ち、コモン・ローが早くから迅速に発達するのを可能にし、「のちには、陪審はローマ法の波を何度も打ち砕き、効果のないものとした。  
フリーディング  
 訴 答および手続の多くのルールは、陪審によるトライアルを背景としての

67) Id., at 27-28.

み理解できる」<sup>69)</sup>。

「陪審制は、コモン・ロー訴訟手続が2つの異なった要素、すなわち法的訴答 (legal pleading) と、陪審の評決とから構成されることを意味し (これは古代ローマの *in jure* と *apud judicem* の段階にかなり類似している)、このことは、巡回裁判制度のおかげでウェストミンスター裁判官から遠く離れた国内のどこか別のところで陪審が評決をする場合には、とりわけ顕著であった。巡回裁判制度は、ウェストミンスターの人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) で開始された訴訟は、いったん争点について訴答がなされれば、陪審員をウェストミンスターまで強制的に旅行させるかわりに、巡回裁判中の国王裁判所においてその地方で陪審の評決を行うことによって続行できるということを、意味した。このシステムはむしろ事実認定をその余の法的手続と分離することと関連しており、(エドワード1世時代の) 1285年のウェストミンスター第2法律に始まる立法によって確立されたのである」(法律問題は裁判官および弁護士のためのテクニカルな事項であり、事実問題は依然として生活環境をもっともよく知っている陪審による評決が可能である、という根拠にもとづく)。

「同時に、陪審は、ファースト・ハンドの知識を有する直接の近隣出身の人々からなる集団という本来の性格を次第に失ってゆき、当事者が彼らの前に提出した (捺印証書や証人のような) 証拠にもとづく評決をなすために、偏見のない心で裁判所に出頭する中立的で遠い集団へと発展していった。陪審と (捺

68) *Id.*, at 29. 陪審の起源に関するカネヘムの見解 (二重起源説) につき, R. C. ヴァン・カネヘム (小山貞夫訳) 『裁判官・立法者・大学教授』(1990年)の小山貞夫「訳者あとがき」205-206頁参照。

「陪審は重要な変化を経験した。陪審は、関連する事実を知っていると考えられ、その事実を目撃すらしたかもしれない近隣の人々からなる団体 (panel) から出発した。のちには、予備知識をもたないとともに、自らの前に提出された証拠にもとづいて事実を確定しなければならない、事実についての宣誓をした判定者 (judges of facts) の団体となった。最初は、『AとBでは、どちらがそのような土地保有においてより大きい権利を有するか』という問題に答えなければならない場合のように、陪審員は事実と同程度に法についても関心があった。ここでは、陪審員たちは依然として (陪審制がそれにとってかわりつつあった) 原初的な神託に接近していた」(*Id.*, at 28)。

69) *Ibid.*

印証書についての) 証人とがいっしょに席につくよう召喚された移行期もあったが、陪審と通常の証人との違いが増加していったため、16世紀の途中でこの実務は廃止された。1361年に、捺印証書 (deeds)、不動産譲渡捺印証書 (charters)、手数料 (fines) は公開の法廷に提出されなければならない、陪審に私的に交付してはならないと決定され、証人の宣誓証言に依拠する実務が一般化したのは16世紀のことであった。それは遅い変化であった。1705年になって、陪審は当該事実が存在するハンドレッドから来た者でなければならないという要件が民事事件では廃止された」<sup>70)</sup>。

(カ) 続いてカネヘムは訴答と上訴についてこう解説している。「訴訟手続と訴答は、次第にアルカイックな “thwertutnay” すなわち、原告の主張に応じて被告が完全に否認することから離脱していった。伝統的な否認ののちに『抗弁』(exceptions) を利用することが可能になり、この抗弁に対して原告が応答した。ブラクトンの時代は、これについて明確なルールがなかったが、エドワード1世の時代(1239-1307年)に、訴答の法すなわち原告が審理さるべき主張を行うための方法と要件の起源をたどることができる。すべての訴答の目的は、訴答者の活動を通じて判決の主題を確定することすなわち争点に到達することである。両当事者はある問題(ないし争点)を自らの主張によって訴答しまたは展開させ、何が決定的事実(decisive fact)かについて一致しなければならない。訴答の主要な段階は以下の通りであった。原告が自らの主張を述べる訴訟原因項目(count)——すなわち narratio (原告第1訴答)——が最初の訴答(plea)であった。それに続くのが訴答不十分の抗弁(demurrer)であって、(被告は)その抗弁によって、事実は認めるが法律上の争点(issue of law)を提示するか、あるいは大幅な選択のある答弁(plea)を提出した(被告は何らかの形式上の手続違背を主張し、否認[a traverse i. e., a denial]または承認および異議[confession and avoidance]の形式で本案につき答弁するかもしれない。後者に対しては原告第2訴答[replication]が行われ、それに被告第2訴答[rejoinder]が続く

70) Id., at 28-29.

かもしれない)。抗弁 (exceptions) については、ブラクトンの時代は若干のローマのルールを採用した。訴答のルールを陪審制度の要請に適合させる必要があり、そのことが訴答のルールに明らかに強く影響した。14 世紀および 15 世紀において、訴答のルールはその本質的特色を帯びようになり、その特色の 1 つは、自らが知っている事実を証言するために呼び出される独立の証人 (independent witness) をコモン・ローが承認しなかったことである (これは捺印証書証人 [deed witness] ないし不動産譲渡捺印証書証人 [charter witness] には妥当しない)。中世の終わりまで口頭の訴答は維持され、書面による訴答が導入された後でさえ、主張 (allegations) の古い様式から離れることはなかった<sup>71)</sup>。

また、イングランドにおいては、中央裁判所はすべての自由人がアクセスできる第 1 審の国家裁判所であると同時に王国の最上級裁判所でもあったため、コモン・ローは裁判所のヒエラルヒーを前提とする上訴制度を知らなかった (陪審も上訴手続を困難にした)。「かくして、最初のうちは、当事者に利用できる不服申立て手段は、故意に誤った判決または誤った評決に対するアルカイックな告発 (royal plea) のみであった。後者は陪審員に対する陪審査問 (attaint) であった。その手続は新しい 24 名の陪審に委ねられ、その者たちに当初の問題が再び託され、その手続は重罰にいたる可能性があった。故意に誤った判決に対する告発は、コモン・ローの『誤審修正令状』 (writ of false judgment) によって、通常の封建裁判所および共同体裁判所 (communal courts) に対して利用できたが、国王裁判所に対して提起することはほとんどできなかった。しかしながら、国王裁判官ですら誤判しうるということは認められていて、それゆえ事件の正式裁判記録 (official records of the case) に関する誤りを理由に、王座部において国王裁判所の判決の破棄を認める『誤審令状』 (writ of error) が発明された。古くからある裁判官への攻撃が、手続上の過誤に対する不服申立てへと変わるのはゆっくりとしたプロセスであったが、14 世紀に誤審令状がコモン・ロー上の上訴的救済 (appellate remedy) として確立し、きわめて不十

---

71) Id., at 30.

分であったにもかかわらず、1875年（に最高法院法で廃止される）までそのまゝの状態にあった。誤審令状は移送令状（writs of certiorari）のひとつで、司法審査というよりも行政上の監督手段であり、誤審令状を付与するかどうかは1705年まで国王の裁量であった。誤審審査手続は真の上訴ではなかった。新たなトライアルも、新たな陪審も、新たな証拠収集も存在しなかった。それはむしろ事件の正式裁判記録の審査であった。……正式裁判記録は、陪審を評決に導いた証拠や裁判官の指示について説明するものではないから、それらを問題とすることはできなかった。それゆえ紛争は主に手続問題に関するものであった。「中世後期にコモン・ローの欠陥を是正するために大法官裁判所が出現したが、それは決してコモン・ロー上の判決を破棄する上訴裁判所ではなかった。大法官は、もし望むなら、コモン・ロー上の判決の効果を stay する、上訴以外の手段を有していた」<sup>72)</sup>。

(\*) 「イングランドのコモン・ロー訴訟の発達」を論じた以上の節の末尾に、カネヘムは「コモン・ロー裁判所とローマ法」の項を設け、「イングランドの訴訟方式を学ぶ学生は、それがローマ古典期の方式書の体系（formulary system）に類似していることに当然ながら驚く」と述べたうえで（カネヘムは、「イングランドのコモン・ローと古典期ローマ法との明らかな類似性に注意を促しただけではなく、いずれのシステムも、後期ないしビザンツ・ローマ法および大陸中世ローマ法と顕著なコントラストをなすこと」を指摘したプリングスハイム〔Pringsheim〕の業績を詳しく紹介している）、それにもかかわらずコモン・ローの発達は純粋にイングランド的なものであり、「もしもイングランドの支配者たちがきわめて早い時期に新しくてよりすぐれた裁判制度を創造しなかったら、ローマ＝カノン訴訟が彼らのノルマンおよびイングランドの国土に直ちに導入され、イングランドはローマ法を無視して自らのコースをたどりはしなかったであろう。中世ローマ法それ自体がまだ揺籃期にあり、イングランドとノルマンディーの国王および裁判官は、彼らが自由に利用できる手段と材料とで独自の道を

72) Ibid.



進まなければならなかったのである」<sup>73)</sup>とする。

(v) 以上のローマ＝カノン訴訟の構造分析とコモン・ロー訴訟の概説とを踏まえて、第2期中世におけるヨーロッパ諸国のローマ＝カノン訴訟の「さまざまな程度の継受」をカネヘムは詳論する。検討の対象となる諸国は、フランス、イタリア、スペイン、ポルトガル、ドイツ、イングランド、低地諸国 (Law Countries)、スウェーデン、ハンガリー、ボヘミア、ポーランド、スコットランド、スイスと多岐にわたる。

カネヘムは、「学識訴訟手続の断片的ないし包括的継受の現実の動因は政治的権威者 (political authorities) であった。すなわち、フランス、カステリヤ、レオン (León)、ポルトガルにおける君主、低地諸国における都市と領邦君主、ドイツにおける都市および帝国の身分制会議 (Estates)、北イタリアの都市、南イタリアの君主であった」と指摘する。こうした継受によって、「いかなる影響が及んだかは明らかである。大学は学識ある法律家を生み、彼らは国王の顧問官 (royal councillors)、国王裁判所の裁判官、自分自身は都市の裁判官でなくとも都市の magistrates の法的助言者となった。ローマ法の影響を顕著に発展させるためには、大学を創立すれば十分であった。たとえば、低地諸国においては、1425 年におけるルーヴェン大学の創立後にこのことは明らかである。主教裁判所 (bishops' officialities) においては、公衆は生きた教会裁判所の訴訟手続を見て、そのターミノロジーを学ぶことができた」<sup>74)</sup>。

(ア) カネヘムがもっとも詳しく紹介するのはフランスの状況であり、フランス司法制度の近代化、13 世紀および 14 世紀における高等法院の典型的訴訟手続 (とりわけその中核となる証人尋問 [enquête])、ローマ＝カノン訴訟の導入、上訴制度などの論点を解説している。

(a) 12 世紀イングランドにおける発展と比べるとフランス司法制度の近代化は遅れ、ルイ 9 世の治政 (1226-1270 年) でのパリ最高法院の発展と、1254

73) Id., at 31.

74) Id., at 32.



年および1258年の王令がとりわけ重要である。訴訟手続の近代化が「遅れたことがその長所となった。すなわち、フランス国王が訴訟手続を近代化する方向に向かった時までには、ローマ＝カノン訴訟制度はほとんど成熟しており、普遍的な注目を集めていた。当然に、その実務と教育が、12世紀以降なされてきた自発的な合理化のころみ以上に、国王をインスパイアしたのである。……国王は、ローマ法訴訟の完全な継受を強制はしなかったが、自国なりに変形したもの(national variants)を作り上げた。13世紀半ば以降、フランスの発展コースは明瞭であって、パリ最高法院とその手続方例集(styles)、王令とローマ＝カノンの影響が、顕著な独創性をそなえた自国の訴訟手続を形成した。また、フランスは古く影響力のある法学部を有し、南の成文法地域(pays de droit écrit)は伝統的なローマ法地帯であったから、フランスの法発展は、諸大学の理論、最高法院の実務、そして国王の立法の結果であった」<sup>75)</sup>。

(b) 封建的な王会(curia regis)は、フィリップ2世(1180-1223年在位)のもとでローマ法法律家(legists)がそこに出現し、強力な中央裁判所へと変化して、ルイ9世のもとで1250年ごろにパリの最高法院——主に王国全土の全階級のための上訴裁判所——となった<sup>76)</sup>。カネヘムは、パリ最高法院の手続ルールを次のように要約する。

「民事訴訟において、原告は国王に申立書を提出しなければならず、それは審理部(Chambre des Requêtes)によって審査された。申立書が適式であれば、訴訟手続を進める許可が王印のある国王の公正状(lettres de justice)で与えられた。それから訴訟手続が大審部(Grand' Chambre)における口頭弁論(oral debate)で開始され、そこで両当事者は事実を提出し、法的議論を行う。適法に呼び出された被告が出頭しないときは、原告は被告に対する欠席判決を求め、証拠を提出し、それにもとづいて欠席者敗訴判決が下される。しかしながら、審理不出頭申立て(essoins)も多く、訴訟を引き延すことができた。原告が出頭しなかった場合には、被告は……相手方に対し訴訟終結の欠席判決(congé)

75) Id., at 33.

76) Ibid.

を求めた。すなわち、争点決定 (litiscontestation) ののちに原告が1回でも欠席すれば、致命的だったのである。両当事者が出席した場合には、原告は自らの請求を方式に従って述べる (formulated his demand)。本権訴訟 (petitorium) においては、これは書面で行わなければならなかった。被告は、決まった順序で、延期的抗弁 (dilatory exceptions) を提出できた。そのあとで、両当事者は『要点判決を受け』 (“appointed”), 必要であれば弁論を書面で提出するよう求められる。この『要点判決 (appointment)』は、単に当事者に証拠を提出し、その主張を書面化するよう求める命令でもあった…… (それは民事訴訟法典にいう書面による事前手続 [instruction par écrit] である)。もし、相手方が否認する事実につき人証を訴答者が提出するならば、裁判所は証人尋問 (enquête) を必要とし、それゆえ当事者にこれらの争われている事実を書面化するように命ずるであろう。これは『抵触する事実の要点』 (appointment en faits contraires) であって、請求と申立て (intendit) および項目 (articles. 証人ないし証拠によって立証する旨の申出を伴う事実のこと) がそれに含まれていた。この『要点』の作成は代訟人 (advocates) の仕事の重要な部分で、彼らの役割は終始相当なものであった。当事者は項目ごとに10名まで証人を提出でき、彼らの記録を先の intendit (請求と申立て) および項目と合体することができた<sup>77)</sup> (要するに、エンゲルマンの指摘によれば、「要点判決」とは、事案がまだ十分に解明されたとは考えられない場合に、訴訟を書面手続に変換する決定であり、元来は各個の要点を釈明させて、口頭によらない確実な裁判の基礎を提供させる効用があった<sup>78)</sup>。

(c) 訴訟手続は大審部での口頭の訴答・弁論 (pleading) に始まるが、通常はそこから予審部 (Chambre des Enquêtes) に移され、全訴訟手続の<sup>かなめ</sup>要の段階 (key phase) である証人尋問 (enquêtes) が受命裁判官 (commissioners) によって行われ、その結果が予審部に提出されて、訴答なしで審査された<sup>79)</sup>。カネヘムは、この証人尋問についてかなりのスペースを割いている。証人尋問は

77) Id., at 33-34.

通常は2名の受命裁判官に委託され、この者たちが調査のためにその地域に出張した（これは地方の裁判官でも、最高法院の構成員と地方の magistrate の混合受命裁判官でも可能であった。イングランドの巡回陪審裁判に相当する、地方の証人のための措置である）。そのすべての運用は、受命裁判官が同伴した書記官（南部であれば、地方の公証人）によって調書に記録された。カノン法の影響を受けて略式に行われるものもあった。この地方での証人尋問においては、相手方の自白を獲得したり、提出される証拠の量を減らすために、項目（articles）が新たに争点決定（*litiscontestation*）の対象となったが、このテクニックは、カノン法上の訴点（positions）とその相手方による認否の制度を模倣したものである。それから、争いのある「項目」について審理するために、両当事者が証人を提出した（相手方立会いのもとに、証人が宣誓した）。「ルイ9世は、教会裁判所に倣って、証人の秘密尋問およびそれに続く証言録取書（*depositions*）の公表の制度を導入したが、証人に最大限の自由を保障するために、この公表は早くも1276年にパリの最高法院では廃止された。最高法院の外では実務はさまざまであった。すなわち、南部およびパリ裁判所（*Paris Châtelet*）では、証言録取書の公表が原則であったが、北部またはトゥールーズの最高法院ではそう

---

78) エンゲルマン・前注4) 419-420頁。カネヘムによれば、「通常、大審部（*Grand'Chambre*）は、証人尋問が必要であるということを意味する抵触する事実に関する決定（*order en faits contraires*）を下した。……かくして、大審部は、自白を得ることによって証人尋問を回避することを期待して、宣誓や項目（articles）の認否はまとめて一度になされるべきである、と命ずる場合もあった。こうして、14世紀以降、事実の答弁（*réponses de vérité*）が独立の調査方法として用いられ、そしてヴィレ・コトレ（*Villers-Cotterets*）の王令（1539年）はそれを証人尋問の中に隠して、公式にその役割を与えた。それ以来、事実項目に関する当事者尋問（*interrogatoires sur faits et articles*）——これは、相手方が本人で出頭することを強制し、自白を得る目的で当事者尋問に服させる手続形態をいう——の名のもとに、その役割を演じた。証人に対する異議は、書面で提出されるか、あるいは少なくとも証人尋問の最初からそのようにする権利が留保されていなければならなかった。ひとたび証人尋問が公表されてしまうと、その証人について新たに尋問を行うことはできなかった」（*Id.*, at 34）。なお、引用文中の「事実項目に関する当事者尋問」という訳語については、エンゲルマン・前注4) 420頁。

79) *Ibid.*

ではなかった。事態は1539年および1579年の王令によって解決され、前者はパリの最高法院を例外として、あらゆる場所における公表を定めており、後者（の王令）はその例外すら禁圧した」。証人尋問の技術はカノン法上のもので、証言は書面化され、証人に対しては異議を唱えることができた<sup>80)</sup>。

以上の証人尋問の結果は（受命裁判官が「袋」[sack]に収めて封印のうえ、パリに持ち帰るか、最高法院に送付するのだが）、自動的に最高法院の予審部に行くのではなく、大審部が対審的な弁論を手配し、証人尋問（の結果）は「閲覧し判断するために受理されるべきである」と結論を出して初めて、予審部が受理することになり、その時点で当事者の役割は終了する。予審部の長は、その部の報告官(rapporteurs)に証言録取書の「抜粋」(extracts)の作成を委託し（これはカノン法上の「赤欄」[rubricae]の模倣である）、報告官は「抜粋」に所見を付け加える。予審部の裁判官たちは、主張事実を項目ごとに報告官と読み合わせたのちに、多数決によって判決を下し、大審部での言渡しのために報告官が起草する<sup>81)</sup>。

(d) ローマ＝カノン訴訟のフランスにおける継受をカネヘムはこう概観する。「国王はパリの最高法院を創設したのみならず、訴訟手続についても立法を行った。……訴訟手続に関する長く印象的な一連の王令は、1667年の司法改革のための民事王令（ルイ14世）に集約されるが、それは1254年および1258年の2つの大王令（ルイ9世）からめざましく開始された。……フランスの世俗裁判所および王会（curia regis）は、これらの王令を待たずにローマ＝カノン訴訟のさまざまな要素を受け継ぎ、古い訴訟形式（forms of process）を廃して、新しい状況を作り出すような体系的・一般的・権威的な形で、新しいローマ＝カノン訴訟手続を導入した」<sup>82)</sup>。「たまたま国王がフランス全土で主要な役割を果たすようになったけれども、訴訟手続の近代化は、ローマの基層を伴った南フランスにおいて早い段階で教会裁判所（officialities）の影響のもとにす

---

80) Id., at 34-35.

81) Id., at 35.

82) Ibid.

でに始まっていた、ということを忘れてはならない。……それゆえ、書面による訴訟手続が（南部）成文法地域よりも（北部）慣習法地域においてヨリゆっくりと採用されたのは驚くにあらず、両地域でのタイム・ラグは約1世紀である。すなわち南部では13世紀、北部では14世紀初頭<sup>83)</sup>。「ルイ9世は、(1254年・1258年の王令で) 裁判上の決闘を廃し、ローマ=カノン法上の証人尋問および書証の調聴調べにもとづく審問手続(inquest procedure)を強制した。その他にも、intendit（請求と申立て）および項目の書面化、不濫訴宣誓、相手方の項目についての口頭での認否による答弁、公開のとりわけ相手方立会いのもとでの証人宣誓、証人の忌避、証人の審問に関するさまざまなテクニカリティ、証言録取書の公表のような、多くの訴訟上の論点が決定された。ルイ9世の革新は不意のものではなく、国家はすでにその準備ができていた。とりわけ封建的な地域で証人尋問(enquête)に対し若干の抵抗があったが、ルイ9世の革新は数世紀にわたりフランス訴訟法の礎石となった。これまで、封建法のゲルマン的訴訟手続が原則で、ローマ=カノン訴訟手続が例外であったが、状況は決定的に逆転した。ルイ9世の王令には多くの他の王令が続いた<sup>84)</sup>。「それらの王令の多くは、1539年のヴィレ・コトレの王令のように——とりわけ証人尋問手続が長くて扱いにくいものであったために——訴訟手続を短縮しようとした。証人尋問は長時間を要するが、きわめて重要なものであった。書証は、1566年のムーラン(Moulins)の王令——100リーヴルを越えるすべての契約には公正証書が必要で、証人は排除されるものとした——までは、口頭の証言に最終的に優越することはなかった。そこでは、宣誓の提供・評判・推定のような、その他の(証人尋問以外の)ローマ=カノン起源でヨリ扱いやすい証明手段も適用された<sup>85)</sup>。

(e) 第1審の国家裁判所という形で司法の中央集権化をはかったイングラン

83) Id., at 36-37.

84) Id., at 35-36.

85) Id., at 36. 主要な王令は、Ibid.に列挙されている（たとえば、裁判実務のあらゆる主要な論点をカヴァーする1454年のモンティル・レ・トゥールの王令）。

ドに比べて、はるかに国土が広いフランスは、フランスの慣行に適應させられたローマ＝カノン上訴制度を取り入れ、きわめて広い上訴管轄権を有するパリ高等法院を創設することで、司法の中央集権化を進めた。判決に対する不服申立ては、元來は判決発見者に対する告訴 (faussemment de jugement) というプリミティヴな方法が採られていたが、これは 1300 年頃に消滅した。いくつかの王令は上訴について規律しており、たとえば 1330 年の王令は、上訴の提起から 3 ヶ月以内に上訴呼出状を送達することを命じており、それに反すると上訴は「放棄された」と宣告され、原判決が確定する。イングランドにおいて王座部から人民間訴訟裁判所に対し誤審令状 (writ of err) が発せられたように、フランスにおいても最高法院から評議会における国王 (King in his Council) に対して上訴することが可能であった (国王は正義の窮極的源泉だからである)。この不服申立ては、国王の letters of grace にもとづく場合にのみ可能であり、かつ事実上の過誤を理由とするものであった。1344 年の王令は、過誤を口実に最高法院の判決の執行を停止することを禁じ、1453 年のモンティル・レ・トゥールの王令も、この不服申立ての利用を制限しようとした<sup>86)</sup>。

(イ) ローマ＝ゲルマン法族中のラテン法圏を念頭に置いたのか、フランスに続き、カネヘムはイタリアとスペインを主に検討する。まず**イタリア**について、「ここで論じている時代に、ローマ＝カノン訴訟はイタリアの世俗裁判所 (lay courts) に導入された」とする。当時のイタリアは、「北部では、ドイツの君主権力が遠く隔った形式的な専制君主支配へと後退し、政治的權威は都市国家の手に委ねられた。南部では、12 世紀のノルマン王国はヨーロッパでももっともよく組織されたものの 1 つであり、その君主的伝統はフリードリヒ 2 世とその後のプランタジネット朝 (アンジュー家) およびアラゴン王朝のもとでも存続していた。したがって、訴訟手続の改革は、南部では君主から、北部では都市当局 (urban authorities) から生じた」<sup>87)</sup>。

すなわちイタリア北部の諸都市においては、主として (新しい学問に通じた

---

86) Ibid.

87) Id., at 37.

裁判所のメンバーによる) 裁判実務の暫時的発展を通じて、また時おりは都市立法によって——しばしばロンバルドの伝統によるローカルな修正を伴って——ローマ＝カノン訴訟が導入された。12世紀には司法ビジネスの専門化が始まり、学識者というよりも武人であった都市のポデスタ (Podestà) はこれを裁判官に委ねるようになったし、裁判所が法学博士に「知者の助言」(consilium sapientis) を求めることが重要となった<sup>88)</sup>。

イタリア南部においては、ロジェール 2 世のアリアーノ法 (Assizes of Ariano) (1140 年) からフリードリヒ 2 世の皇帝法書 (Liber Constitutionum または Liber Augustalis) (1231 年) にいたる国王立法 (royal legislation) が<sup>89)</sup>、18世紀にいたるまで南の王国の法の基盤となったが、「アリアーノ法には若干のボローニャの影響がすでにうかがわれるけれども、フリードリヒ 2 世の大立法においてはその (ボローニャの) インパクトは巨大であった。彼の法書 (law book) ……は、ボローニャの訴訟要覧 (ordines judicarii) に直接由来する訴訟手続を含み、決闘裁判のような、古いロンバルドおよびフランスの訴訟形式を、まったく例外的なわずかの場合以外に排除した。……フリードリヒ 2 世の法書は南部のイタリアの後期注釈学派 (commentators) にとって権威的テキストであった<sup>89)</sup>。

「かくして、学識訴訟の基本的要素、すなわち、単独裁判官、書面手続、訴点決定 (the positions)、公正証書 (notarial documents) の重視、私的文書よりも認証された公的証書 (public and authentic charters) の優位 (ローマ法法律家 [legists] のオリジナルな理論)、法定証拠理論、仲裁および上訴の組織といったものが、イタリアの裁判所に受け継がれた。都市立法 (urban statutes) および都市間の条約は、しばしばこの遅く・扱いにくく・大衆的でない学識訴訟——それは裁判所と大衆との間の溝を広げる傾向があった——を簡素化した。実際、短縮された訴訟手続への都市の要請は、教会裁判所における略式手続の出現に影響を与えた」<sup>90)</sup>。これらの都市立法は、①訴状において訴権にテクニカルな

88) Id., at 38.

89) Id., at 37.



名称をつける——訴権内容の提示 (editio actionis) ——必要はないとし (たとえば, 1296 年の Pistoia の立法), ②「13 世紀の終わりまでには, 多くの都市立法 (statutes) が, 争点決定 (litiscontestatio) を洗練することは法学博士たちに任せて, まったく争点決定なしですますか, または争点決定はカットすべき儀式の 1 つなのであるから, 多くの訴え (pleas) は略式に処理できると決定した (たとえば, ピサ, 1275 年・1286 年)」, ③不濫訴宣誓 (calumny oath) は, 代理宣誓が可能であり, 両当事者が合意すれば省略できたので, 現実には重要性を失い, 偽誓 (perjury) の源となっていたところから, これを廃止し (13・14 世紀のピエモンテ, ロンバルドの諸都市), あるいは都市法書に掲載されてはいるが実質的価値のないものと宣言し, あるいはそもそも導入しないなどの簡略化をはかったのである<sup>91)</sup>。

「中世が終焉に向かうとともに, 世界に正規の手続 (solemnis ordo) と略式手続とを提供するというイタリアの偉大な努力は燃え尽き, こうして生まれたシステムは完成していて, 新たな創造的発展はできなかった。後の世代はその細部を解明し, その成果は, 予想できるように, 質よりも量において驚異的であった。1680 年のウベルティの『召喚論』のように, 召喚についてフォリオ版 800 ページも費すことにどんな意味があったのか。北イタリアではコミュニケーションの創造的推進力は尽き, 南イタリアでは君主制それ自体実体を失っていた。ローマ=カノン訴訟発生地であるイタリア自身が, それから十分に利益を得られなかったのは皮肉である。フランス, スペイン, そして分裂していたドイツでさえ, ローマ=カノン訴訟を国家の訴訟制度として用いた。しかしながら, イタリアは, この発展をさらに前に進めるための中央の最高裁判所および立法者を欠いていた。訴訟手続は, 互いに矛盾対立している・啓発されていないローカルな著作者たちに委ねられていた。各裁判所は, それ自身のスタイル (style) と実務のマニュアルを有しており, 訴訟の国家的なシステムは出現しなかった。かくして, イタリアは, 自らが刺激した発展から完全な利益を得る

90) Id., at 38.

91) Ibid.

ことはなく、19世紀には、イタリアが師であった者たちからの影響を受けざるをえなかった」<sup>92)</sup>。

(ウ) 「スペインにおいては、裁判所の学識ある全スタッフおよび国王の立法の継続的圧力により、ローマ=カノン訴訟手続が最終的に勝利をおさめた」。「ローマ法の共通の継受と、強力にローマ化されたカスティリヤ法が卓越していたこととによってスペインの法的統一がもたらされ、それに続いて1500年ごろに政治的統一がなされた。こうして16世紀および17世紀におけるスペイン法の黄金時代の基礎が据えられた」<sup>93)</sup>。カネヘムはこのように第2期中世におけるスペイン民事訴訟法の状況を要約する。以下カネヘムの説くところを整理してみよう。

(a) 第1に、西ゴート族のスペイン(西ゴート王国)は、ネイティヴのためのローマ法と、征服者(西ゴート族)のためのゲルマン法の双方を有していたが、654年に国王レケスウィン(Receswinth)が制定した単一の共通法(Liber Judiciorum [西ゴート法典。裁判の書])——のちにフエロ・フスゴ(Fuero Juzgo。裁判法)として知られ、数世紀にわたって影響を及ぼすようになる——は本質的にローマ的であった(ユスティニアヌス法典に倣った編別、非公開主義、宣誓補助者の不使用、神判にほとんど言及しないことなど)<sup>94)</sup>。

(b) 第2に、アラブ支配の数世紀およびレコンキスタ(Reconquista)の時代に、非常に異なった慣習が開花し、アルカイックな訴訟形式が出現して、多数の地域法(fueros)を支配した(ちなみに、レコンキスタとは、711年にイスラム教徒により占領されたイベリア半島をキリスト教徒の手に奪回する戦いで、1492年に完了した)<sup>95)</sup>。

(c) 第3に、12世紀および13世紀の間のローカルなレヴェルでの自生的慣習的要素(native customary elements)の発達、および13世紀のローマ=カノ

92) Id., at 39.

93) Id., at 39, 41.

94) Id., at 39.

95) Ibid.

ン訴訟の継受によって、構図に変化が生じた。前者の自生的発展の1つが *pesquisa* (調査・取調べ) であり、これは「民事または刑事事件において、王会が利用する *inquisito* ないし審問 (*inquest*) であり、調査の合理的方法であって、国王の使者が地方の住民のグループに質問を行うもの」である。王権および教会に関連する土地と境界の民事紛争で主に利用され、国王は訴訟が起きた地方での調査を主掌するために調査官 (*perquisidores*) を任命した。この *pesquisa* は、フランクの *inquisitio* やイングランドの *recognitions* (陪審) の一変種<sup>96)</sup> であろうとカネヘムは指摘し、国王の調査官などによって選任された陪審員 (地方の住民のグループ) は、自らの知識または伝聞にもとづいて事実問題につき回答したが、「どれほど注目すべきものであっても、国王裁判所および地方の *fueros* (地域法) におけるその他の自生的発達と同様に、*pesquisa* は結局は法学部および教会裁判所の結合した (ローマ=カノンの) 影響の前には屈しなけりばならなかった。13世紀末までには、財産権上の訴訟においては *pesquisa* による証明の利用は死滅し始めていて、そのかわりに証人の提示した証拠および証書 (*charters*) の方がはるかに多く利用された」と分析する<sup>96)</sup>。

(d) 第4に、ローマ法の継受の状況を見ると、カタロニアはスペインの他の地域より1世紀先んじてボローニャ発のローマ法の深い影響を受け、多くの都市がこれを実務に採用し (ただし、急激なローマ化は抵抗をまねき、アラゴン王 [12世紀前半にアラゴンとカタロニアが合併し、アラゴン王国となる] ハイメ1世は1243年・1251年に通常裁判所でのローマ法・カノン法の引用を禁じた)、カタロニアの慣習はあまり書面化 (記録) されていなかったことから、1409年にはユス・コムーネがカタロニアの副次的法 (*subsidiary law*) であると宣言され、ローマ法が最終的に勝利をおさめた。

ヴァレンシアにおいては、レコンキスタの時に地域的伝統が存在しなかったため、新しいローマ法が容易に勝利をおさめ、ハイメ1世の1240年法典 (の

96) *Id.*, at 39-40.

ちには王国全土で公布された)の主なインスピレーションの源はローマ法であった<sup>97)</sup>。

しかしながら、これら以外の所では、聖職者の影響に対する警戒から、あるいは地方の特権の一部である慣習法への愛着から、新しいローマ法は保守的な反抗に出会った。すなわち、「アラゴンでは、さまざまな法の伝統的要素が12世紀末以降書面化され、1247年にハイメ1世はそれらにもとづいた法典を公表した。これらのアラゴン地域法(Fueros de Aragón)は、(スペイン北東部の)エブロ川北部の伝統的法を再現したものであるが、ローマ法の影響はすでに明瞭であった。12世紀半ばから13世紀半ばにかけての間に古い法の真の繁栄があったが、それは王令のために1247年以降から進行したローマ法の継受が始まった時期と一致していた。しばらくの間は、ローマ法は少数の進歩的学者の法的理想にすぎなかったが、彼らは影響力のある地位を占めており、彼らの考えは注目されていた」<sup>98)</sup>。

「王国のきわめて多様な諸制度に統一性と安定性をもたらすために、1265年にカスティリヤとレオン(León)で決定的な前進があった。フランスのルイ9世とはほぼ同じ時期に、アルフォンソ10世賢王(1252-84年在位)は、彼の王国の裁判所におけるローマ=カノン訴訟の包括的継受を命じたのである。彼の立法措置は貴族と諸都市の大きな抵抗に会ったため、アルフォンソ10世は自分の新法典を延期し、古い法を承認した。しかしながら、アルフォンソの法書——これは7部に分かたれているために、Siete Partidas(7部法典)という名称の方で知られているが——は、王国の最高裁判所の指針であり、法律界の共有思想となった。主に訴訟手続を扱う同書第3部は、本質的にローマ=ゲルマン的であった。1348年のアルカラ・デ・エナレスで制定された『法令集』(Ordenamiento of Alcalá)が、中央および地方の立法に対して7部法典は補充

97) Id., at 40.

98) Ibid.「伝統的法が法典化されたアラゴンにおいてさえ、法の解釈と発展をコントロールした学識法曹の活動を通じて継受がなされたので、ローマ=カノン訴訟手続は(スペイン全土の)いたるところで勝利をおさめた」(Id., at 41)。

的であると宣言したが、実務においては、賢王アルフォンソの法書の原理とルールはほとんどの問題につき権威的であった。ユス・コムーネの継受は、バルトルスおよびアンドレーエ (Johannes Andreae) にいたるまでを含む古えの博士たちの意見を主張することを許した 1427 年のファン 2 世 (John II) の勅令によってさらに推し進められた」<sup>99)</sup>。

(e) 13 世紀のローマ＝カノン訴訟継受のための土壌は、スペインの大学によって整えられ (たとえばサラマンカ大学は 1215 年に創立されていた)、スペインの学者たちはボローニャにおいて目立っており、スペイン語で執筆することによって新しい訴訟法文献の発展に貢献した (たとえば、アルフォンソ 10 世の裁判官であった Jacob de las Leyes [新学識訴訟手続に関する著作である Flores de Derecho や Dotrinal などを執筆] および Fernando Martínez de Zamora [よりカノン法的特色を有する Summa Aurea de Ordine Judiciario などを著した])。両者ともにアルフォンソ 10 世の法典の訴訟手続の部分を起草したものと考えられている)。「ルイ 9 世の短い王令ときわだった対照をなして、自国語で書かれた 7 部法典 (Siete Partidas) は、法書というよりも学術的エンサイクロペディアとなっており、それはユスティニアヌス、グラティアヌス (Gratian)、グレゴリウス 9 世の教令集 (Decretals)、アーンゾ、アックルシウス……からのさまざまな抜粋を含み、ロマニスティックな制定法の中世におけるもっとも偉大なモニュメントであると考えられる。国王アルフォンソ 10 世は、帝国の野望からか、あるいは国家に統一的かつ完全な法体系を与えるためか、この 7 部法典を公布したが、その国の伝統的な法は無慈悲なまでに注釈学派 (glossators) およびカノン法学者の法体系の犠牲となっていたので、実際上の困難は大きく、反抗も理解できるものであったが、結局は 7 部法典は法となり、19 世紀までスペイン訴訟手続の根本規範となった。その後の変革は主に簡略化であった」<sup>100)</sup>。

(エ) ポルトガルでは、「ローマ＝カノン法の影響は迅速かつ強烈であった。外国でのローマ法研究の通常のルートのほかに、影響力のある教会裁判所およ

99) Ibid.

100) Id. at 40-41.

び学識あるローマ法法律家 (learned legists), スペインの7部法典 (Siete Partidas) の役割, ならびにそれと関連のある——前掲 Jacob de las Leyes の著作である Flores de Derecho……の役割がとくに言及に値する。……7部法典の影響は, もっとも初期の国家的法典である 1446 年のアフォンソ法典 (Ordenações Afonsinas) になおもうかがわれ, その法典はつねに学識法曹, (ローマ) 帝国法, 聖なるカノン法準則と関連を有する。法典の第3編はローマ=カノンの意味での民事訴訟を扱う」。

この法典は, 「国家法の欠陥は, ローマ法とカノン法を適用することで救済され, 内容がわかれる場合には, 結果が罪深いものでない限りローマ法が適用される」と規定していたが (最終的にはアックルシウスとバルトルスに依拠する), 実際は国家の法的ルールをそこなってでも学識的ユス・コムーネが適用されることが多かった<sup>101)</sup>。

(オ) 13世紀から15世紀半ばまでのドイツ民事訴訟は, 古い形式主義が緩和され, 書面がより活用されるようになり, 証拠の体系が合理化されるという漸進的な近代化のプロセスをたどったが (全体の状況は保守的で, 発展は遅れていた), 外国の要素を採用することによってではなく, 裁判所の活動による断片的な形で, 第1期中世のゲルマン的訴訟 (Germanic process) が形成されることによって, 訴訟形式の近代化は達成されたのであるとカネヘムは指摘する<sup>102)</sup>。

すなわち, 「ザクセン, シュヴァーベン, フランクなどの広い<sup>ゾーン</sup>区域, 多数の領邦と都市に分かたれ, 中央の最高裁判所や中央の立法もなく, 長きにわたって大学すら存在しないまま (プラハ大学 [1348 年], ヴィーン大学 [1363 年], ハイデルベルク大学 [1386 年] が, もっとも古いものである), ドイツは, 伝統的な

101) Id. at 41.

102) Id. at 42. カネヘムによれば, 「ドイツの国王たちの権力が強大であったときは, 法改正はまだ急を要しておらず, 彼らの注意はローマおよび北イタリアでの帝国の問題に大幅に向けられていた。のちになって, ルイ9世と (スペインの) アルフォンソ10世が法の改革に多忙であった間は, ドイツの王権は力を使い果たしていた。イタリアを都市社会へと向かわせた経済復興は, ドイツではより遅れて展開した」(Ibid.)。

法書と、保守的かつ非アカデミックな法発見者たちにより構成される法廷とによって支配されていた。ザクセン普通訴訟手続 (the common Saxon process) のみが、重要な法書と参審裁判所 (courts of Schöffen) にもとづき、ザクセン、チューリング、アンハルトで発展していたので、本当に広く受容された。もちろん、ドイツはローマ＝カノン法学を知らないわけではなかった。ドイツの学者は、ローマ＝カノン法学において一定の役割を果たし、多くのドイツ人は法学部に行って、世俗裁判所における管理者または助言者として貢献したが、自ら判決を下すことはなかった」<sup>103)</sup>。

しかしながら、15世紀半ばにいたるまで重大な変化を予告する現象はなく、ザクセンシュピーゲルやシュヴァーベンシュピーゲル、さらにはライプツィヒ参審裁判所 (Schöppenstuhl) のような重要な裁判所の訴訟手続はきわめて伝統的な内容であった。「判決は専門職としての学識ある裁判官によってではなく、判決発見人によって与えられた。訴訟手続は、たとえ裁判記録の保管が相当な進歩を遂げていたとしても、口頭によるものであった。法廷における形式主義的手続は、重要な事実を確定しようという裁判官の努力というよりも、依然として、何らかの証拠の審理における当事者間の抗争であった」。「中心的要素は証拠判決 (Beweisurteil) であって、それゆえ訴答の大部分は、最善の地位を獲得するための策略であった。すべての歴史家は、この問題につきいかなる原則が裁判所を指導していたのかを発見するのはきわめて難しい、とする点で意見が一致している。証拠判決の任務は、もし (ある主張が) 証明された場合に、あらゆる反対主張の価値を低下させ、事件を決定してしまうであろうような主張を、特定するところにあった。証拠判決がいったんなされると、主張は変更ないし追加ができなくなり、それゆえ同一の訴訟原因にはわずか1つの証拠判決しかなしえないのである。自己の主張を立証することが (証拠判決によって) 認められることは、とりわけ多くの場合において単純な否認宣誓 (oath of denial) が完全証明として受容れられていたので、負担というよりも利点であっ

---

103) Ibid.



た」<sup>104)</sup>。なお、「証拠判決」についてはカネヘムはすでに簡潔に言及しているが(本稿前掲13頁)、エンゲルマンは、「とりわけ、証拠判決に包含されるものは、証明されるべき当事者の主張であり、同時に、挙証しなければならない当事者の表示であり、証明の手段となるべき証拠方法の指示であった」と指摘している<sup>105)</sup>。

「変化が現実には始まったのは、国王の帝室裁判所(Kammergericht)が古い(帝国)宮廷裁判所(Reichshofgericht. 1456年廃止)にかわって登場し、1471年の王令によって法的に承認されたときからであった。多くの場合に、帝室裁判所はローマ=カノン訴訟手続に従った。若干の領邦君主と(ハイデルベルクの宮廷裁判所〔Hofgericht〕には、1472年に法学部の教授たちが参加した)、いくつかの都市が(ライプツィヒでは、1483年から大学教授が新しい上級宮廷裁判所〔Oberhofgericht〕の裁判官席に座った)この例に従った。1450年には、バヴァリアの宮廷裁判所(Hofgericht)には4名の学識法曹がおり、1476年にはランズフートの宮廷裁判所(Hofgericht)の9名の構成員のうち5名が学識法曹であった。これらの変化……は、例をみないほど徹底的かつ急激に生じた。ドイツ人は彼らの旧式中の訴訟を斥けて、ローマ=カノン訴訟をまとめて(en bloc)輸入した。ローマ法は帝國的であって、中世の神聖ローマ帝国がローマ法を適用したのであり、そうすることによって法的統一とアップ・トゥ・デートな制度を獲得するのが、適切であると思われたのである」<sup>106)</sup>。

(カ) (a) 既述の「イングランドのコモン・ロー訴訟の発達」(本稿27頁以下)に続き、カネヘムはここ——第2期中世におけるローマ=カノン訴訟の「継受」——の**イングランド**の項では大法官裁判所(エクイティの発達)を論じている。「コモン・ロー裁判所もコモン・ロー訴訟手続も、イングランドで独占(的地位)を享受することはなかった。もちろん、キリスト教世界のイングランド以外のあらゆる場所と同様に、ここにもローマ=カノン訴訟形式に従った教会裁判所が存在した。しかしながら、特別の管轄権とカノン法に由来する訴

104) Id. at 42-43.

105) エンゲルマン・前注4) 94頁。

訟手続とを有する国家の世俗裁判所 (national law courts) も存在し、その中でもっとも重要なものが大法官裁判所 (Court of Chancery) であった。[「エクイティが初めにもっとも深い痕跡を残したのは、まさに訴訟手続であった。大法官の介入の特殊な性質と、大法官が聖職者であって聖職者のスタッフに囲まれているという事実とが、コモン・ローの訴訟手続とは非常に異なるとともに、14世紀初期に発令されたサエペ教令 (decretal Saepe) における略式の形——本稿 25 頁以下参照——でのローマ＝カノン訴訟手続にきわめて類似した訴訟手続を (大法官裁判所で) 採用する結果となったのである」<sup>107)</sup>。

以上が、大法官裁判所の訴訟手続とローマ＝カノン訴訟との類似性を指摘した部分である (ヴァン・レーも、「大法官裁判所の訴訟手続は、少なくともある程度までは、上質のヨーロッパ大陸裁判所およびイングランドの教会裁判所ならびに〔とりわけ海事裁判所のような〕civilian courts で採用されたローマ＝カノン・モデルに類似している」という)<sup>108)</sup>。

(b) カネヘムは、大法官裁判所とエクイティの発展過程を次のように素描する。

「ほとんどの法体系は、厳格な法と衡平との区別を承認している。中世のイングランドも例外ではなく、コモン・ローの初期の歴史は、その裁判所の衡平

106) van Caenegem, *supra* note 5, at 42. カネヘムは、証拠法の分野における変遷として、①文書による証明と証人の利用は南部から北部へとゆっくりと進行してゆき、オフィシャルな証人・捺印証書に関する証人から、通常の付随的証人 (accidental witnesses) ——しばしば少なくとも3名が必要とされた——の利用が認められるにいたったこと、②こうした漸次的な変化の典型例として、伝統的な通常的方式の訴えすなわち「単純な訴え」(simple complaint) と並んで、強化された方式の訴えすなわち「『証人』を伴う訴え」(complaint with “witness”) が導入されたこと (強化された方式の訴えにつき、エンゲルマン・前注4) 48頁) などに論及する (Id., at 43. 「『証人』を伴う訴えすなわち証拠を提出する旨の申立てを伴う訴えは、被告の単なる宣誓で答えることはできないが、原告が自分の側の者として指名した宣誓補助者ないし証人と同じだけ多くの者が支持する宣誓によってのみ答えることができる」[Ibid.])。

107) Id., at 43-44, 45.

108) van Rhee, *English Civil Procedure until the Civil Procedure Rules* (1998), in: van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure* (2005) 129, at 140.

と良心への関心を証明している。その歴史において、独特であるとともにたとえばプラエトルの衡平な役割と大きく異なっているのは、中世後期以降から、コモン・ローとエクイティの運用が2つのまったく分かれた裁判所——いずれも王会 (curia regis) から派生した国王の裁判所である——すなわち (コモン・ローとエクイティをそれぞれの領域とする) コモン・ロー裁判所と大法官裁判所とに帰属していた点である。14世紀には、人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) と王座部は、厳格な法的考慮以外のものに従ったり、古来の慣習を変更したりすることにあまり積極的ではなく、ますます厳格に法律を解釈し、既存の救済に固執する傾向にあった。時おり衡平上の救済を与えてきた大巡察 (General Eyre) は、ほぼ同時期に消滅した。ホウルズワース (Holdsworth) によれば、大法官府の訴訟手続と訴答の制度は、コモン・ローが弱かったまさにその点において強力であった<sup>109)</sup>。「言いかえれば、厳格な法と確立した機構とが正義<sup>ジャスティス</sup> = 裁判を保障できなかったり、あまりに遅いとか、費用がかかるとか、危険であるとかいった場合には、国王が最後のよりどころであり、コモン・ローが何もできない (あるいはそのおそれがある) 訴答者は、国王とその評議会に向かったのである。彼らの多数の申立ては大法官に対して行われた。大法官は国王の公印 = 国璽<sup>じ</sup>の保管者 (keeper of the king's seal) であり、聖職者のスタッフを備えたウェストミンスター <sup>Westminster</sup> のデパートメント (大法官府) の長であって、通常は彼自身も聖職者で道徳と良心の守護者であった。さらに、大法官府はコモン・ローの令状を発していたために、エクイティの申立てが正当かどうかを判断するだけの豊富な法的経験と十分な土地法の知識を有していた。もし申立

109) van Caenegem, *supra* note 5, at 44. カネヘムは、ホウルズワースが引く例として、①コモン・ロー訴訟における雪冤<sup>えん</sup>宣誓を回避できる、②権利能力なき団体 (unincorporated body) は大法官府では訴えることができた、③自発的証人 (volunteer witnesses) はコモン・ローでは反対されたので、証人となろうとする者が大法官に申し立て、大法官が尋問した、④コモン・ローは契約違反による損害賠償を知るにとどまったが、エクイティは契約の特定履行を当事者に強制できた、⑤エクイティは一定の不法行為を終結させるインジャンクションを知っていたが、コモン・ローは不法行為がなされたあとでの損害賠償のみを定めていた、などをあげる。

てが正当であれば、大法官は道徳と良心を考慮して、エクイティ上の根拠にもとづいて救済を与えることができた。このようにして、エクイティ上の大法官の管轄権は、説明可能であるが依然として詳細と年代順とが不明瞭な状況から生じたのであった。2世紀前のコモン・ロー裁判所の起源との類似性は注目に値する。いずれも、現行裁判所の欠陥を補うために、絶対的正義のための国王の責任を根拠にして、かつ運用上のテクニックによって、例外的司法管轄権 (exceptional judicature) が断片的に発達したものであった。最初に裁判官と救済があり、法の実体はのちに出来上がった。だれも新しい法典を取り入れ、そのための新しい裁判所を創設しようとは決めなかった。エクイティは国王によるインフォーマルな司法裁量権の行使として始まり、大法官の活動は、大法官が自らの権限によって命令 (decree) を発した15世紀に相当入りこむまで、独立の裁判所には発展しなかった。ポスト中世の時代 (post-medieval times) に、大法官裁判所は、エクイティとして知られる確定したルールと訴訟形式とからなる大法官裁判所自身の法の集合体を生み出した」<sup>110)</sup>。

(c) 大法官裁判所の訴訟手続の特色をカネヘムはこう要約する。「コモン・ローの伝統をものともせず、大法官裁判所の訴訟手続は、イングランド法の2つの支柱である訴訟開始令状 (original writs) と陪審審理とを欠くことによって飛躍した。固定した方式 (formulas) を伴う訴訟開始令状および令状手続においてそれに続く硬直化した陪審制のかわりに、大法官裁判所の原告は、救済または被告の召喚状 (summons) を求めるインフォーマルな訴状 (bill) または申立書 (petition) を提出した。事実と法の分離および陪審の評決のかわりに、事件の本案を探求し、それにもとづいて判決をする単独の裁判官がいた。事実を選別する裁判官の方法は、宣誓にもとづく証言および被告に対する質問・取調べ (interrogation) であり、この2つのテクニックは、陪審による審理の精神とは相容れないが、教会裁判所の手続に通じている者にはなじみ深いものであった。陪審による評決はあまりにも神託に類似しており、衡平な救済のため

---

110) Ibid.

のテクニックとしてはあまりに厳格であって、衡平な救済においては両当事者および証人の忍耐強い尋問とその他のあらゆる関連性を有する事情のみが、大法官が良心において行動するのに必要な内的確信を与えることができ、両当事者の良心にプレッシャーを課すことができたのである。……大法官は、当事者が一定の行為を行い（「特定履行」）あるいは一定の行為を抑えることを当事者に伝える命令（decrees）……を発した——これらはすべて当事者間の正義を実現するためである」。「大切なのは実際上の結果であって、そのために大法官は良心に訴えた。裁判所の命令（decrees）に対する反抗は、侮辱を理由とする投獄によって罰せられた」。「大法官は、当事者が提供する証拠に対するモン・ローの嫌悪を共有しなかった。エクイティの行政的起源（executive origin）は、罰則付召喚令状（writs of subpoena）すなわち違反したら一定の罰に処するとして出頭を求める命令によって、被告および証人を召喚する典型的方法にあらわれている。……典型的テクニックは文書のディスカヴァリーすなわち当事者が所持する文書の強制的調査であった」<sup>111)</sup>。

(\*) 現在のベネルクス3国の総称である「**低地諸国**」(Law Countries)の状況について、ベルギーの法制史家であるカネヘムは、「ローマ（法）に鼓<sup>インスパイア</sup>舞された改革は14世紀に始まり、15世紀に勢がつき、16世紀に支配的となった。近代化の第1段階がこの改革にすでに先行しており、それはローカルな裁判所に根ざっていて、既存の要素と自前の発明（native invention）を活用していたのである。フランスの実務のローマ＝カノンのシステムは、（低地諸国の）古い自生の法（native law）の遺産と混ざり合って、アンシャン・レジームの終わりまで（低地諸国を）支配した形式主義的なシステムを生み出した」と評価する<sup>112)</sup>。

(a) まず第1に、低地諸国は合理的証明方法を迅速に取入れたが（神判の廃止。地方裁判所により確証された真正な文書や有資格証人による証言などの、雪冤<sup>えん</sup>宣誓以外の証明方法の活用）、その他の点では、判決発見人がローマ法を知らな

111) Id., at 45.

112) Id., at 46-47.

い実務的能力のある者たちであった都市裁判所・封建裁判所においては、ながらくゲルマン起源の伝統的な口頭かつ公開の訴訟手続が維持されていた（たとえば、フランドル南部の重要な都市であるリール [Lille] では、民事訴訟は14世紀半ばまで口頭であった）<sup>113)</sup>。

(b) 第2に、中央裁判所では事情は異なり、次第に学識法曹出身の裁判官が増加して、14世紀以降は「普通成文法」(common written laws)の学識訴訟手続が、フランドル、ブラバン、(16世紀半ば以降)ホラントを征服していった。この新しい訴訟手続は、学識法曹の共通の知識であるローマ＝カノン訴訟手続と、フランスの最高法院の実務の影響を受けている(フランドルはフランス領であったから、1521年までパリへの上訴が可能であったし、低地諸国を支配したブルゴーニュ家はフランス系である)<sup>114)</sup>。近代訴訟手続を普及させた(いずれも自国語で書かれた)Boutillier および Wielant の著作にもフランスの影響はきわめて強烈である<sup>115)</sup>。「制定法の役割は非常に減少し、訴訟事項統一のための手段となったのは、偉大な司法裁判所の活動であった。シャルル豪胆王(1467-1477年)はローマ法の包括的導入を好んだようであった。彼は征服したリエージュ市にローマ法を強制し(そこの慣習法は廃止された)、ホラント州裁判所のための1462年の命令(Instruction)の中でローマ法に言及している」。Wielant の

113) Id., at 45.「口頭手続への執着は、フィリップ善良王(Philip the Good)が1451年に司法事項につきブラバン公国(Duchy of Brabant)に付与した特権にも同様に示されており、そこでは、公国の中央裁判所であるブラバン評議会(Council)は、古来の慣習を尊重することおよび『できる限り』書面によらずに口頭手続を(とりわけコスト回避のために)適用することが、明記されていた」(Id., at 45-46)。

114) フランスの実務の影響として、カネヘムは「口頭の申立てによる開始、対立事実における要点判決(appointment en faits contraires)、証人尋問(enquête)を争点につき実施し、質問の一覧表につき証人を審尋するための2名の調査委員(commissioners)の指名、判を押した一件書類を裁判官会議(councillors)に渡すこと、裁判官会議による一件書類の研究、時おりの(通常ではないが)報告裁判官(rapporteur)の選任、『抜粋』の作成」を挙げる(Id., at 46)。

115) 「中央裁判所の影響は、次第に、証拠の学識的体系を導入するにいたった。われわれは、Wielant の著作に法定証拠理論を見出すが、それは穏健に表現されており、裁判所の実務を適切に考慮したものであった」(Ibid.)。

著作の題名は、『オランダにおける、とりわけマリーヌの大評議会、フランドル評議会およびその他の裁判所における共通の訴訟スタイル (Ghemeynen Styl)』を著者が心に描いていたことを示す<sup>116)</sup>。

(c) 第3に、北端のフリースランド (Frisia) では、結果は似ているものの異なった進化のプロセスをたどった。すなわち、中央の権威がほとんど存在しなかったフリースランドでは聖職者の影響が非常に大きく、一般大衆は教会の訴訟手続になれ親しんでおり、15世紀のフリースランド法学はローマ法の強い影響を受けていた。フリースランドがザクセン公 (Saxon Dukes) に帰属した際に、学識法曹であるザクセンの大法官のもとで、1499年にフリースランド中央裁判所が設立され、ザクセンの上級宮廷裁判所のローマ＝カノン訴訟手続に相当する手続を運用した<sup>117)</sup>。

(ク) 中世のスウェーデンにおいては、13世紀以降国王の裁判権が徐々に発展していったハンドレッド (hundreds) および都市の裁判所の手に判決が委ねられており、そこでの司法制度および訴訟手続はアルカイックなゲルマン的痕跡 (公開・口頭・直接という伝統的特徴) をとどめていて、教会裁判所外ではローマ＝カノンの訴訟形式からは自由であった。訴訟への大衆参加という要請は強力で、13世紀初頭に非合理的証明方法が危機に瀕したときに、参審員団 (nämnd) が近代化された証拠法の主たる要素となった (「スウェーデン訴訟手続の偉大な改革は、参審員団であった」)。「参審員団は近隣の宣誓した人々の集団で、事実問題について評決 (intyg) を下し、その評決は、両当事者の立証を考慮し、証人の数に関するルールに拘束されずに証人を審尋して、直接の知識と調査にもとづいて下されるものであって、裁判所を拘束する。参審員団の構成員は、裁判官から質問を受ける当事者の証人ではなく、一方当事者のために確約的宣誓 (assertory oath) を行う宣誓補助者でもなかった。彼らはイングランドの陪審にきわめて類似していた」。「各当事者は参審員団の半数をそれぞれ選任した。その義務は評決を下すことであった。参審員団は通常は12名で構

116) Ibid.

117) Id., at 47.



成され、多数決原則が通常は遵守され、7名の構成員の一致した宣言は完全証明に匹敵するものとみなされた」。「クリストファ・ア・バイエルンの一般地方法 (Landslag) (1442年) からグスタヴ・ヴァーサ国王の即位 (1523年) までのスウェーデン法の批判的時代にもかかわらず、中世スウェーデン訴訟手続は——1540年に設立された統治委員会 (Regementsråd) の司法部 (judicial sessions) においてドイツ帝室裁判所の影響を受けて書面主義が強化されていったのではあるが——17世紀まで根本的な変革を経験しなかった」<sup>118)</sup>。

(ケ) 中世を通じて、ハンガリーの世俗裁判所はほとんどローマ=カノン訴訟の影響を受けなかった (もちろん、教会裁判所ではローマ=カノン制度は知られていた)。「……ハンガリー法は顕著な<sup>ナショナル</sup>国家的かつ継続的發展を示した。ハンガリー法はまた、11世紀の聖イシュトヴァーン王、聖ラースロー王、カールマーン王の命令に始まり、きわめてよく文書化されている。ハンガリーは保守的な貴族階級によって支配されていて、その者たちが訴訟手続を近代化しようとする国王のころみを何度か挫折させた。そのことは、貴族階級の関与する事件における書面手続の廃止を含む1222年金印勅書 (Golden Bull) を確認した、1267年ベーラ4世国王の命令に、典型的にあらわれている」。「伝統的な訴訟手続は公開かつ口頭であり、当事者の手に委ねられた。中世を通じて、非合理的な証明方法が支配的であった。すなわち、盟神探湯 (ordeals of water and fire) は13世紀末に消滅したが、裁判上の決闘は、1486年まで完全に有効なまま存続した。通常は宣誓補助者により支持される当事者宣誓もまた、基本的制度として残り、17世紀末まで使用されていた」。公証業務の発達に伴って13世紀以降証書の重要性が認められても、当事者宣誓は依然として決定的役割を果たし、証人・証書・inquisitio (審問すなわち、国王の調査委員が近隣の者たちに対し宣誓させたうえで質問を行う制度。ハンガリーでは陪審には発展しなかった) のいずれも、「裁判官が、いずれの当事者に彼自身の正当な権利の正式な証明 (通常は宣誓による) を許すべきか、を決定するための情報を与えるのに役立つ

118) Id., at 47-48. なお、Regementsrådにつき、Kohler, Die Entwicklung des schwedischen Zivilprozessrechts (2002) 73, 77 N. 318.

にすぎなかった」。当事者は反対証人を提出できたが、事実を引き出すための質問・尋問 (interrogation) は認められなかった<sup>119)</sup>。

ハンガリー法の法典化を託された国王主任書記官ヴェルベーツィ・イシュトヴァーン (Stephen Werbőczy) が 1514 年に提出した『貴族制ハンガリー国家慣習法の三部書』(Tripartitum Opus Juris Consuetudinarii Inclyti Regni Hungariae) は、人・物・訴権を扱い、国王により認可され、数世紀にわたって基本的なハンガリーの法書としての地位を保ち、裁判所もこれを適用した (同書は「1517 年にヴィーンで印刷され、ローマ法が中欧において強力であった時期に、伝統的ハンガリー法の保存に役立った。1526 年にハンガリーおよびボヘミアの国王となったハプスブルグ家のもとで、『三部書』はハンガリー法の基本的法源であった」)<sup>120)</sup>。

(コ) **ボヘミア王国** (チェコ西部) においては、14 世紀以降ローマ＝カノン訴訟 (学識訴訟) がゆっくりと浸透してゆき、ハプスブルグ家の絶対主義のもとで、法定証拠のシステムを伴う書面主義手続と、ボヘミアおよびモラヴィアにおける上訴制度とを確立した 1627 年・1628 年の「改訂領邦条例」(Verneuerte Landesordnungen) によってこの影響はクライマックスに達した<sup>121)</sup>。

(a) まず第 1 に、カネヘムは、「ボヘミア王国では、教会裁判所、大学、学識法曹の日常的な影響が早くから感じられ、訴訟手続を近代化する努力は国王を中心に進められた」として、ヴァーツラフ 2 世 (1278-1305 年) の、ローマ法の影響を受けた法典化のプラン、プラハ大学の創立者たるカレル 1 世 (カール 4 世) の——本質的には非ローマ的であった——「マイェスタス・カロリーナ」(Majestas Carolina) (1355 年) として知られる法典化計画が、いずれも保守的な貴族階級の抵抗によって失敗したことを指摘する (ヴァーツラフ 2 世の委託を受けたイタリア人法律家オルヴィエートのゴゾー [Gozzius of Orvieto] は、中欧に初めてローマ＝カノン訴訟を体系的表現で導入した Jus Regale Montanorum

119) Id., at 48.

120) Id., at 48-49.

121) Id., at 49. なお、Kadlecová, Verneuerte Landesordnungen in Böhmen und Mähren (1627/1628): das prozessuale Verfahren, 120 Z. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. 150-179 (2003).

を国王に提出し、これがドイツ語とチェコ語に翻訳されて、ボヘミアにおけるローマ法の継受のルーツとなった<sup>122)</sup>。

(b) 第2に、「15世紀は全体として王権が弱体で、立法がほとんどない時代であって、ボヘミアでは、他の多くの事項と同様に法的事項においても国民的・伝統的な感覚の強い時代であった。しばしば、教会裁判所とカノン法の消滅にいたる危機があった。社会における伝統的・保守的要素の優位は、先に国王政府が好んだローマ法の継受にとっては、不毛の土壤であった。チェコ語が裁判所および法律書で支配的となったが、他方でドイツ語が諸都市において重要な地位を維持していた」。「ヴラディスラフ2世(1471-1516年)にちなんでヴラディスラフの命令(1500年)と呼ばれているものは、ボヘミアの最初の包括的な制定法のモニュメントであった。それは王令ではなく、身分制議会(Estates)の産物であり、非体系的でローマ法の影響を受けてはいないが、民事・刑事法のみならず訴訟法も扱っていた」<sup>123)</sup>。

(c) 第3に、本項の冒頭に記したように、14世紀以来の学識法(とりわけカノン法上の質問[interrogationes]と訴点決定[positiones]を伴う書面手続)の継受は「改訂領邦条例」(1627/1628年)で頂点に達した。ドイツ法に従って生活していたボヘミアの諸都市では、プラハのローマ化された法に従った改正がすでに16世紀になされ、1548年に上訴裁判所がプラハに設立されて、都市から国王への上訴制度が確立した。1620年の白山の戦いで国王が貴族階級を打破し、ながらく抵抗してきた貴族階級の裁判所においても学識訴訟が容認された<sup>124)</sup>。

(d) 第4に、「証明方法は13世紀以降ゆっくりと近代化してゆき、非合理的・形式主義的性格を失っていった」。「12世紀から14世紀まで、当事者宣誓、宣誓補助者、証人はもっとも流行した証明方法であったが、(確約的宣誓[assertory oath]のもとでの証人の単なる陳述に対抗するものとしての)証人尋問

---

122) Ibid.

123) Ibid.

124) Id., at 49-50.

は、きわめてゆっくりと発達していった。14世紀以降は、『危険な』形式主義的宣誓は崩壊していった。「旧制度のもとでは、いずれの当事者が自らの主張を立証することが許されるかが、もっとも重要であった。13世紀後半には、オタカル2世の改革と関連して、おそらくカノン法の影響のもとに、両当事者が自らの証拠を提出することが許されるべきであるとするのが通説であった。いずれにせよ、古い枠組みの中でのこの革新はまったく不満足なものだったのであり、外国の要素を断片的に導入した結果がどれほど奇妙であるかを示している。実体的真実を発見するための質問および交互尋問は依然として問題外であったから、両当事者の証人が完全な宣誓を行ったときは……、双方の水神判(bilateral water ordeal)を用いる。もし両当事者が水神判に成功したら、裁判所は完全に絶望的な立場となり、……14世紀前半から広まっていった事実問題についての証人尋問のみが、このディレンマを解決できた。すでに14世紀後半には、中央の国王裁判所は、私人によるものですら書面による証言(written testimony)を受け容れた。審問(inquisitio)あるいは調査(scrutinium)の手続は知られていなかったわけではないが、重要なものとはならず、16世紀の初めにはわれわれは秘密尋問(secret interrogations. のちには公開されるにいたった)に遭遇する。一般的に言えば、証人尋問は1500年から1516年の間にローマ＝カノンの意味での規律を受け、完全な証明(plena probatio)と完全に準ずる証明(semi-plena probatio)という周知の区分は、チェコ法においては15世紀から17世紀の間に発生した」<sup>125)</sup>。

(e) 最後に、「ローマ＝カノン訴訟手続が統一的役割を果たしたことを指摘しておくことが、興味深いであろう。それは『改訂領邦条例』を支配し、都市法もまた強力にローマ化された(1579年に印刷に付されたプラハの法は、1610年までにボヘミアの全都市に採用された)。学識的ユス・コムーネは、国家法のあらゆる欠落部分の補充法源であった。完全な規模の統一は、マリア・テレジアとヨーゼフ2世のオーストリア君主の領土のための一般的法典化の枠組みの中

125) Id., at 50.

で実現された。……法学文献もまた強力にローマ化された」<sup>126)</sup>とカネヘムはしめくくる。

(サ) 「ポーランドにおいては、都市と農村 (rural masses) は——ゲルマン民族の一派チュートン族の——テウトニー法 (jus teutonicum), すなわち主にザクセン的性格を有するとともにローマ法の補加的役割を承認するものに従って生活しており、自生の (native) ポーランド法 (jus terrestris) は、貴族階級として知られる非常に大きな社会階級に適用されていた。ポーランドの訴訟手続は、この時期から 18 世紀まで著しく中世的性格を有していて、ルネッサンスにもローマ法にもほとんど影響されなかった」<sup>127)</sup>。君公の権力に対する恐怖から、支配者の権力を強調するようなローマ法に対し貴族階級は異議を唱えた。「しかしながら、ローマ法は法学 (legal learning) に影響を与え、法律家によって、国内の制定法の研究のためおよび国家の法典の枠組みのためのガイドとして受容された。ローマ＝カノン訴訟の中世イタリアのマニュアルがポーランドに流布し、書面の召喚状 (written summons) のような多くの特別の点で、そしてまたとくに理論およびターミノロジーの問題において、訴訟手続に影響を与えた。17 世紀になって初めて、学識ある著者たちが、訴訟の分野全体について記述しようとした」<sup>128)</sup>。18 世紀には、「ロシア領ポーランド人はナポレオンのワルシャワ大公国に導入されたナポレオン法典の修正版に従って生活し、プロシア領ポーランド人はプロシア法 (その結果としてドイツの法典) に従って生活し、オーストリア領ポーランド人はオーストリアの制定法に服した。かくして、

126) Ibid.

127) Ibid. 「1523 年の formula processus は証拠法の厳格な形式主義を緩和し、若干のローマ法的要素を導入したが、訴訟手続の中世的要素を維持した。……証人と書証は進歩したが、雪冤宣誓 (oath with compurgators) はアンシャン・レジーム末期まで重要な権利として残った。証人尋問タイプ (enquête-type) の手続すなわち scrutinium は、非常に遅れて 16 世紀末に出現し、現実には決して重要なものにはならなかった。貴族階級に支配されたポーランド国家のまさに終焉になって初めて、書面手続が口頭手続にかわって、しかも限られた数の裁判所においてのみ登場した」。神判は、裁判上の決闘は別として、14 世紀初頭に消滅した (Id., at 51)。

128) Ibid.

ボヘミアおよびポーランドのいずれにおいても、古いスラブ的かつ自生的伝統は、多数の西洋的、ローマ＝ゲルマン法的ヴァリアンツと交替した。ハンガリーにおいては、すでに見たように、自生的伝統はより長く生き残った<sup>129)</sup>。

(シ) イングランドのコモン・ロー体系とローマ＝カノン訴訟の双方を取り入れた注目に値するスコットランド法史のこの段階を、カネヘムは、① 12 世紀および 13 世紀のスコット＝ノルマン段階 (Scoto-Norman phase)、② 13 世紀後期から 16 世紀におよぶ混乱と移行の時代 (period of confusion and transition) に大別している。

すなわち、①の段階においては、スコットランド王国はアルカイックな慣習を伴う多民族国家として出発したために、強力な隣国イングランドの中央裁判所制度を導入し、若干のタイム・ラグとともに（神判が廃止された 1230 年までには）、令状制度（国王の令状はスコットランドでは“brieve”と呼ばれた）、審問 (inquest)、民事陪審によるアングロ＝ノルマン的訴訟手続が非合理的な証明方法にかわって定着した。ただしイングランドより行政権のはるかに弱いスコットランドがすべてのテクニカリティを継受できたわけではない（不動産占有回復令状〔writs of entry〕の初期のグループはまったく継受されなかった）。この時代のもっとも権威ある法律書は Regiam Majestatem と呼ばれ、ローマ＝カノンの素材とともにグランヴィル (Glanvill) の全部分を取りこんでいた<sup>130)</sup>。

13 世紀後期および 14 世紀初めのイングランド＝スコットランド間の紛争によって、②の「混乱と移行」の時代——イングランドのインスピレーションを受けた実務を排除して、新秩序を確立してゆく時代——が始まる。1318 年にはロバート・ブルース国王 (1306－1329 年在位) が訴訟手続を改革し、令状手続は簡略化・柔軟化されて、若干の新しい訴訟方式 (new forms of action) も生まれたが、「15 世紀には令状制度は非常に僅かなケースを除いて廃止され、特定の訴訟方式ではなくて、通常書面による呼出しである召喚令状 (brieves of summons) がこれにかわった。16 世紀においては、スコットランド語の押印

129) Ibid.

130) Id., at 52.

召喚状 (signed summons) が、全体としてラテン語であった訴答可能令状 (pleadable breve) にかわって用いられた」<sup>131)</sup>。このような変化は、「常設的な中央裁判所の不在と、組織化に失敗した王会 (curia regis) の弱体」とから、ローマ＝カノン訴訟に通じたスコットランドの教会裁判所と聖職者たちが大きな影響を与えたためであった。中央裁判所の発達は 1425 年に始まり、1532 年に、専門職裁判官を伴った最高裁判所である College of Justice に結実したが、その長とメンバーの半数は聖職者であった (慣習法の近代化も推進された)。中央裁判所の訴訟手続は圧倒的に口頭によるものであったけれども、召喚状 (citations)、抗弁 (exceptions) (延期的・遷延的・訴え棄却的抗弁)、書面化されて裁判所に報告される証拠といったローマ＝カノン型のなじみ深い要素を含んでいた。16 世紀初めには、民事陪審は消滅した<sup>132)</sup>。「近代スコットランドの訴訟手続は、国境を越えて侵入した令状登記簿 (Register of Writs) の精神と方法よりも、はるかにカノン法学者の精神と方法を反映しなければならなかった。16 世紀のスコットランドの法曹は、彼らの多くが大陸の諸大学、フランスおよび低地諸国において学んだローマ法に組織的かつ規律正しく転換した。かくして、スコットランドにおいてローマ法はそれ自体としては法的権威を有しなかったが、16 世紀のスコットランドでは一定の形式のローマ法の継受が存在した。ローマ法は、イングランドの訴訟手続を斥けたものの十分な自生的制度 (native system) を生み出さなかった国のために、明快な解決を提供した」<sup>133)</sup>。

(ス) スイスのカントンは保守的な法的態度・地域的伝統・非アカデミックな大衆司法の強固な伝統を維持しており、今日でも統一スイス民事訴訟法典は存在しない (その後、2008 年 12 月 19 日連邦法によりスイス民事訴訟法の統一が実現した [2011 年 1 月 1 日発効])<sup>134)</sup>。中世において、スイス人は自国の素材と早くからなじんできたローマ＝カノン法的要素とを適応させ、スイスの訴訟形式を

---

131) Ibid.

132) Id., at 52-53.

133) Id., at 53.

134) たとえば、Payan, L'unification de la procédure civile suisse, 2011 R. I. D. C. 865-930.



発展させてきたのであって、ドイツのラントにおけるようなローマ法の継受や、スイスにおいてドイツ帝室裁判所の権威を確立することに対しては抵抗した（それがドイツ帝国からスイスが分裂した一因となった）。中世のスイスにおいてはドイツ普通訴訟法それ自体は採用されず、そのルールと概念の若干のものは伝統的な国内の（自生の）実務に組み込まれ、その結果としてかなり最近まで若干のアルカイックな痕跡が残っていた（ベルンではユス・コムーネの影響で18世紀に書面手続のために口頭手続が放棄され、バーゼルでは1719年に1601年ヴェルテンベルク・ラント法に大幅に依拠した新訴訟法が採用された）。ドイツ普通訴訟法がスイスに相当程度導入されたのは、ようやく19世紀になってから——1798年にヘルヴェチア共和国が成立して、アンシャン・レジームの司法組織を廃止したのち——のことであった<sup>135)</sup>。

(4) カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の第4部「『アンシャン・レジーム』の学識訴訟（16-18世紀）」は、A. 序論、B. 訴訟手続の概説、C. ドイツ、D. フランス、E. スペインおよびアメリカ大陸、F. ポルトガルおよびブラジル、G. 低地諸国および南アフリカ、H. イタリア、I. イングランドとその海外領土、J. スコットランド、K. スウェーデン、L. ビザンティウムと東欧の順で叙述が進められる。カネヘムは、ローマ＝カノン訴訟の包括的継受により「普通民事訴訟」を形成したドイツを各論部分でまず詳しく論じている。

(i) カネヘムは、この時代（16-18世紀）のヨーロッパの全景は主権的国民国家（sovereign national state）と、権力の絶対主義的概念（absolutist conception of power）とによって支配され、学識訴訟はこの時代の権威主義的・官僚主義的スタイルと——大量の文書、証人の秘密尋問、裁判官の役割の強化、裁判所と人々との距離の増加、裁判官室で（in camera）形成される判決といった点で——適合していた、と指摘する<sup>136)</sup>。トルコの脅威が回避されてから、「西

135) 以上の解説は、van Caenegem, *supra* note 5 at 53.

洋の利益と理念による世界規模での征服」は妨げられなくなり、ヨーロッパの制度のアメリカ大陸への輸出、さらに東欧諸国とりわけ——これまでビザンティン世界のグレコ・ローマン法 (Greco-Roman Law) の枠内で生活してきた——ロシアの法発展に対する影響が始まった。ところが、「時代の終わりに向かうにつれ、既存の制度は、理性と自然法の名のもとに厳しい批判にさらされるようになった。近代化と革新の広汎な動きの準備が整い、多くの古いがゆえに神聖視されたルールと制度は、啓蒙専制君主、革命軍、議会での法改正によって一掃された。われわれ自身の時代の法的枠組みを創造したのは、大法典と諸立法の時代であった」<sup>137)</sup>。

(ii) この時代には「ローマ＝カノン・モデルの最大の勝利」が達成され、「単一の国際的同朋集団を形成した学識ある著者たちによって、精密で非公開の書面手続がヨーロッパ全土で発展させられた」<sup>138)</sup>。カネヘムは、こうした発展と並行してみられたもう1つの重要な発展として（国際主義とナショナリズムとの相剋）、この時代における「国家の法体系の完全な成熟」を挙げ、次のように描き出す。「われわれはすでにフランス国王が訴訟手続に関する王令および国王の最高法院を通じて統一の要素をどのように導入したかを見てきた。これは1667年の訴訟手続に関する王令に結晶した。スペインにおいても、17世紀に国王の保護のもとで法および訴訟手続はほとんど完成した。ドイツでは、『普通訴訟手続』の学者および裁判官による『継受』と精密化とによって、政治的分割のためにきわめて困難となっていた法的統一体を創造する努力がなさ

136) Caenegem, Id., at 54. 「前の時代に国家の君主と競い合っていた諸勢力——教皇、帝国、独立都市といったもの——は、最終的には国王と領邦君主に屈したのである。宗教改革とカトリックの君公たち (princes) の主張が、教皇と教会裁判所の地位をはなはだしく低下させた」 (Ibid.)。

137) Ibid.

138) Ibid. 「司法の中央集権化が上訴を増加させ、ますます多くの訴訟が、上訴裁判所に送られるために書面化されなければならなかった」 (Id., at 54, N.99)。イングランドもこの一般的傾向を免れることはできず、陪審の厳しい制限を受けつつもコモン・ロー裁判所の手続はより学識化・書面化し、中世の教会裁判所の訴訟手続に多くを負う大法官裁判所は、もっとも偉大な段階に入った (Id., at 54)。

れていた。地域的抵抗（とりわけザクセン地方）と、帝室裁判所の管轄権を縮減する多数の特権とのために、その成功は部分的なものにすぎなかった。結局、単一の学識訴訟手続のかわりに、若干の大きな君主国およびその大法典がドイツの舞台を支配した。ベルギーおよびオランダでは、若干の権威的著者と最高裁判所とが、Jus Belgium（ネーデルランド南部の「ベルギー」法）とローマ法系オランダ法の出現を促し、後者においてはローマ＝カノン訴訟手続がきわめて大きな影響を与えた。スコットランドでは最終的にローマ法にもとづく国家体制が出現し、スウェーデンにおいても、偉大な国王たちの支援のもとに同様のことが起こった。イタリアは、その国内の分裂と、法律学校およびそれを生んだ都市文明の崩壊とによって、ひどく被害をこうむっていた。当時の著者たちはエピゴーネンであり、指導的な中央裁判所もなかった。法思想の中心は——ヨーロッパ文明が地中海から大西洋沿岸に移っていったように——その源泉が古来の地中海からアルプス北部の地帯に移っていった。もっとも調和のとれた発展をとげたのはフランスであった。フランスの訴訟手続は、政府のイニシアティブ、裁判所実務、学問的分析の驚くべき総合の結果であった。ドイツにおける地域的感<sup>センチメント</sup>情および領邦君主の嫉妬心、イタリアにおける地方的裁判所の群生は、少数のヨリ上級の裁判所への能力の集中、およびフランスにおいて議会と王権とが秩序立った法的発展に与えた中央政府からの刺激を妨げたのである」<sup>139)</sup>。

16世紀から18世紀にいたるこの時代は、先行する時代の継続であるとともにその完成としての外観を有していて、偉大な中央裁判所と国王の活動、大学、ローマ＝カノン学識訴訟、イングランドのコモン・ロー訴訟、法学の言語とスタイル（中世の著作の権威）といったものはすべて中世に起源を有している。18世紀および19世紀の大法典と改革諸立法がこれをヨリ近代的な訴訟形式に変化させたのであり、「法の進化に影響を与えた3つのグループ（裁判官、学者、立法者）のうちで、結局勝利をおさめたのは立法者である。裁判官法（judge

139) Id., at 54-55.

made law) の古典的な国であるイングランドにおいてさえ、根本的変化をもたらしたのは最高法院法であった」<sup>140)</sup>。

(iii) ドイツの項は、(ア)序論、(イ)帝室裁判所と制定法、(ウ)ザクセン法、(エ) 18 世紀における状況の順で描かれている。その(ア)「序論」ではカネヘムはこう論じている。

(ア) ①後期中世の学識・成文法とローマ＝ゲルマン訴訟が 1500 年ごろから国家的レヴェルで包括的・全体的継受 (Totalrezeption, Gesamtrezeption) の対象となった<sup>141)</sup>。②「この重要かつ突然の変化は、人文主義 (humanism) の成功、学問の進歩、帝国法としてのローマ法のプレスティージ、統一ドイツおよび近代化された制度に対するそのジェネレーションの強烈な願望と関連して理解されるべき」であって、多様な慣習を伴う分裂国家の法と訴訟手続を統一し、ヨリ優秀な書面システムを導入するという二重の長所があった<sup>142)</sup>。③この「継受」は、ローマ＝カノン訴訟があまりに技巧的であったために完全には成功せず、政治的抵抗および地域的慣習への固執から、法的統一も実現されなかった<sup>143)</sup>。④ 1495 年に設置された帝室裁判所 (Reichskammergericht) の活動は、民事訴訟の共通 (普通) ドイツ理論の「ローマ＝カノンの基礎」(ROMANO-

140) Id., at 55.

141) Ibid. 「第 1 歩は、地方で、自らの法を『改革』することを決定した特定の都市においてしるされ、それから、常設的な帝室裁判所という制度で国家がイニシアティブをとった」(Ibid.)。

142) Id., at 55-56.

143) Id., at 56. 政治的障害として、「帝室裁判所は統一への一時的な情熱の結果であり、後年には公国と都市とが帝室裁判所の権限を免れるにつれて、その上訴管轄権は大幅に縮減された。帝室裁判所はドイツ全土の上級裁判所となるのは失敗し、それが意図した統一的役割を果たすことはできなかったのであり、結局オーストリア、プロイセン、ザクセン、パヴァリア、ヴュルテンベルクのような重要な地域はすべて帝室裁判所の管轄外で、多くのヨリ小規模な領邦も同様に不上訴特権を確保した」(Ibid.)。地域的慣習については、「一定の地域的慣習への固執も、とりわけザクセンシュピーゲルとそれ以後の発展が強固な伝統となっているザクセン地方に存在した。独創的ではあるが扱いにくい学識訴訟はあまりに非効率的であり、若干の州はそれ自身の訴訟法令を採用し、あるいは若干の点について修正された『普通訴訟』を採用した」(Ibid.)。

CANONICAL basis of a common GERMAN theory of civil procedure), すなわち《普通ドイツ民事訴訟》(gemeiner deutscher Zivilprozess)の精密化(ローマ=カノン訴訟の国家的レベルでの導入)を大いに促し(地方立法が別異のルールを定めていなければ、普通ドイツ民事訴訟が妥当する)、近代ドイツ訴訟手続のもっとも顕著な特色である極端な「文書化の原則」(principle of documentation)——訴訟のあらゆる段階は書面化されなければならない、書面にあらわれていない主張や証拠にもとづく判決は無効であるとする——をもたらした(フランスは学識訴訟の深い影響を受けたが、伝統的・ゲルマン的な口頭主義を完全には放棄しなかった)<sup>144)</sup>。⑤「この帝室裁判所が上訴裁判所として活動した結果、下級裁判所が同様の学識的<sup>システム</sup>体系を採用し、かつ多くの慣習的なルールと訴訟形式を廃止した」。「近代的上訴手続は、中世ドイツにおいてゆっくりと発展した。……世俗裁判所への学識訴訟手続の浸透は遅い現象であったから、裁判官を弾劾するアルカイックな手続すなわち判決非難(Urteilschelte)は長らく重要なものとして残ったが、学識的普通訴訟とともにローマ=カノンの上訴が導入されたために状況は変化し、相当な研究の対象となった。……普通訴訟(gemeiner Prozess)は、古典的な上訴のほか、再考案の申立て(revision)、判決無効の申立て(Nullitätsquerel)、および『原状回復』の申立て(restitution)を知っており、すべて後期中世の学問と実務の創造物にもとづいていた。……上訴は時間と費用がかかり、多数であった。当事者は1つの上訴に制限されず、審級と同じ数だけ上訴ができ、終局判決のみならず中間的裁判に対しても上訴できた。1495年の裁判所法はすでに前者に対する上訴を制限しようとしていた」<sup>145)</sup>。

144) Ibid.「この時代において、16世紀および17世紀はもっともローマ的であったが、それに対して18世紀には学識訴訟を『国家化する』(nationalize)、すなわちそれをより普遍的でなくよりドイツ化する意識的な努力が見られた。ほとんどのヨーロッパ諸国が決然としてナショナルな法体制への道を採用したまさにそのときに、ドイツが『普遍的な』ローマ法を取り入れようとしたのは皮肉なことである」(Ibid.)。なおカネヘムは、「ローマ=カノン訴訟手続の導入は、地方的慣習に根づいていた伝統的な判決発見人(judgment-finders)の終焉を意味し、判決発見人が形式的に維持されていたとしても、判決は専門職裁判官の手に委ねられたのである」とするヴィーアッカーの指摘を紹介している(Id., at 57)。

(イ) ひき続きカネヘムは帝室裁判所における普通訴訟手続を概観する。① 1495年にマクシミリアン1世によって「皇帝および帝国の帝室裁判所」が、全領邦裁判所のための民事上訴最高裁判所として創設され、1495年8月7日帝室裁判所令は、裁判は「帝国の普通法」すなわちローマ法とカノン法に従ってなされるものとする、と定めた<sup>145)</sup>。②「現実の訴訟法典は公布されなかったが、1555年帝室裁判所令——同種のものの中ではこれが最大である——はそれを実現しようとするユニークなこころみを行い、1654年の帝国最終決定(Latest Recess; Jungster Reichsabschied)による改革までは、(こうした)帝国の制定法(legislation)が訴訟法発展の有力な動因であった。初期の法令は基本的な命題(maximus)であったため、当然にイタリア訴訟手続の全体を適用する結果となった」<sup>147)</sup>。③カネヘムは、「ローマ=カノン訴訟に通じているすべての者にとって、ドイツ『普通訴訟』はほとんど驚くに値しないものであった」, 「全体的な印象は、非常に時間のかかる、精密な、過度に洗練された手続ということである」と評し、次のようなドイツ普通訴訟の特質を指摘する。すなわち、まず第1に、「それは厳格な書面手続で、両当事者の主張は裁判所書記官によって記録され、あるいは文書で裁判所に交付された。判決は文書を媒体として裁判官が得た知識にもとづいて下された。公開性の消滅と相伴って、口頭弁論(oral pleading)も終末をむかえた。記録は審査され、裁判官室で判決に到達した。当事者を代理する管理人(procurators)と、法律相談に乗り、訴答

145) Id. at 57. 「判決非難」については、エンゲルマン・前注4) 77-78頁, 「再考案の申立て」および「判決無効の申立て」については、エンゲルマン・前注4) 394-395頁。

146) Id. at 57. 1495年帝室裁判所令のほかに、明示的にローマ=カノンの原則を導入した1500年および1507年帝室裁判所令, 「すべての領邦裁判所で書面手続を行い、口頭で提示されたものは少くとも記録するよう命じた」1521年帝室裁判所令(エンゲルマン・前注4) 361頁), もっとも注目に値する1555年アウグスブルク帝室裁判所令——これはすべての帝室裁判所裁判官は法学識者であることを要求する——で終結した訴訟改革, 1654年の帝国最終決定(これはザクセン法の略式手続を採用することによって手続の短縮と簡略化を実施し, 項目別手続[modus articulandi]を排除した〔エンゲルマン・前注4) 369頁参照〕の帝国の立法例にカネヘムは言及する(Ibid.)。

147) Id. at 58. エンゲルマン・前注4) 358-359頁参照。



文書その他の書類を作成する代訟人 (advocates) との役割が不可欠となったが、18 世紀には双方の職務の区別はできなくなっていた<sup>148)</sup>。④第 2 に、「訴訟の開始は当事者に委ねられているが、裁判所の受動性は、中世の訴訟ほど完全ではなかった。裁判官は……単なるアンパイアではなく、ドイツの訴訟手続は、当事者の申立てを自発的に (motu proprio) 審査することを、そしてある程度までは、職権によって訴訟を適法な結論に導くことさえも、裁判官の義務とした。このような裁判官の地位の変化の原因は、裁判官がある程度まで手続を主導 (direct) することを認めたサエベ教令 (decretal Saepe) —— 前注 51) に対応する本文参照——に見出すことができる」<sup>149)</sup>。⑤第 3 に、フランスの訴訟手続と区別されるドイツ普通訴訟特有の発展として、「順序主義」(Ordnungsprinzip) が挙げられる。すなわち、「訴訟は明確な段階に分割され、その各段階は、いったん終結すると次の段階の手続のための改変不可能な基盤となり、争われているかまたは疑問とされている各々の問題は切り離された判決によって判断される。訴訟手続における厳格な順序という理念はもちろん新しいものではなく、多くの中世のテキストはたとえば訴訟の 10 段階のスキームについて解説しているが、1654 年の帝国最終決定によって、そのスキームは極端な方向に推し進められ、当事者はその段階に適合したあらゆる攻撃防禦方法を各段階で提出するように求められた」<sup>150)</sup>。⑥第 4 に、「非常に時間のかかる、精密な、過度に洗練された手続」というドイツ普通法の特徴は証拠法にあらわれている。すなわち、まず「立証主題・証明責任・証明期間を決定する、独立の証拠中間判決 (Beweisinterlokut) が存在した (この証拠中間判決は中世の証拠判決 [Beweisurteil] を想起させるもので、1654 年にザクセンの法曹の伝統主義者的影響のもとでドイツ『普通訴訟』に導入されたが、これは両当事者による証拠の提出と、裁判所に提出された多様な要素の裁判所による評価とを認めているので、ローマ法の影響を受けて性質が変わった証拠判決なのである)。ここにいう証明期間とは、当

148) Ibid. エンゲルマン・前注 4) 373-374 頁。

149) Ibid.

150) Ibid. 順序主義につき、エンゲルマン・前注 4) 374 頁。



事者が証拠を提出するための期間ではなく、証拠の特定すなわち当事者が選択した証拠方法を挙示するための期間であった。現実には証明手続が開始されうる場合には、それは証拠の特定（申請）、証拠の提出（証拠調べ）、証明の完了（終結手続）の3段階に分かれ、それ以前には提出できない要素——相手方当事者の反撃書面と、立証する当事者の防禦書面——を当事者は提出できるようになる」<sup>151)</sup>。「主な証拠方法は証人（相手方当事者が立会わないで、準備裁判官〔commissioners〕が審尋し、その証言録取調書〔protocol of their deposition〕がのちに開示される）、書証、宣誓（これはきわめて頻繁に利用された）とりわけ転嫁宣誓（juramentum delatum）および補助宣誓ないし雪冤<sup>えん</sup>宣誓、鑑定人、検証であった。いったん提出された証拠方法は両当事者に利用可能となった。……立証する側の当事者が、半数の証拠あるいは弱い証拠を提出したかどうかに応じて（ここに証拠の要素に対する中世的評価が認められよう）、裁判上の宣誓は補助宣誓ないし雪冤宣誓の形をとった。不濫訴宣誓は次第に消滅しつつあった」<sup>152)</sup>。

⑦「後期中世訴訟手続と比べると変化は衝撃的である。すなわち、両当事者に対する裁判所の権限、両当事者が提出した事実への法の適用、支配的であった証拠法理で特定された実体的真実にもとづく判決、請求者の証明責任、『項目』ないし『訴点』を伴う手続（Artikelprozess, Positionalverfahren）——すなわち、訴えのあらゆる要素が切り離して（別々に）特定され（specified separately）、被告はその各々の要素に対し応答しなければならず（答弁〔responsiones〕）、そこから立証事項（Probatorialartikel）が形づくられた」<sup>153)</sup>。

⑧「1654年の帝国最終決定は、統一的なドイツ訴訟手続を実現しようとする最後のころみであった。われわれは、このことが地域的独立によって阻まれたことを見てきた。多くの州が独自の道を行き、帝国最終決定のほんの数週間前に、ヴェルテンベルクのエーベルハルト公が新しい宮廷裁判所令（Hofgerichtsordnung）を公布し、それによって宣誓した当事者に発問する（interrogate）裁判官の権限がと

151) Ibid.

152) Id., at 58-59. エンゲルマン・前注4) 383頁以下。

153) Id., at 59.

くに導入された」<sup>154)</sup>。

(ウ) 「帝室裁判所による改革に対する抵抗の中心としてのザクセンの重要性」をカネヘムは次のように解説する。帝国による訴訟手続の改革とほぼ平行して、ザクセンの選帝侯とその顧問官によるザクセンの法改革が推進された。「しかしローマ＝カノン訴訟の包括的継受はなく、Eike von Repgau のザクセンシュピーゲルと、その示唆を受けた文献とが提供した基盤があまりに有力であった。それはまた、ヨリ分裂していたドイツ西部および南部においては欠けていた法的統一の要素をザクセンに提供した。1559年に皇帝はザクセンの不上訴特権を公式に確認した。こうして大公の立法によるザクセンの近代化はイタリアの学問の影響を受けたものの、そこではザクセン法が基本的要素として残った。出発点は、1488年から1550年の間の6つの一連の宮廷裁判所令(Hofgerichttsordnungen)であった。すなわち、弁護士参加は強制的ではなく、手続は口頭により、ラテン語のテクニカル・タームは禁止された。等族会議(Estates)は統一を求め、1572年に項目(articles)を伴った訴状を明示的に禁止できる……とする布告を獲得できた。……1622年のザクセン民事訴訟法は最初の訴訟法典のころみであった。ザクセンにおいてさえどれほどローマの影響が深いものであったかは、準備裁判官による証人尋問が、当事者の提示した項目と質問にもとづき、当事者の立会いのないままに実施されたという事実からうかがわれる」<sup>155)</sup>。

(エ) 最後にカネヘムは、18世紀においては状況は複雑であったとして、①帝室裁判所が発展させたドイツ普通訴訟(gemeiner Prozess)は、「ドイツ全土の単一訴訟手続となることには失敗したが、地方立法を欠く場合に補充的基準と考えられて、ドイツ訴訟法学とあらゆる場所の裁判実務とに対し影響を及ぼした(自生の伝統も、国ごとにさまざまではあるが重要な役割を果たした)、②啓蒙主義の影響から、諸国王と君公は法を合理化・統一・法典化するようになった(ヨーゼフ2世、プロイセンのフリードリヒ大王)、③「ドイツがローマ＝ゲル

154) Ibid.

155) Ibid.

マン訴訟を採用した結果、一時的ではあるが、それはドイツの国境を越えて広い効果を及ぼした。オーストリアのハプスブルク家の地位は、ハンガリー、ポーランド、北イタリア、ベルギーといった多様な諸国がドイツ学識訴訟の影響を受けることを意味した。ドイツの文化的影響から、ドイツ普通訴訟は近代スウェーデンやスイスで重要な役割を果たした<sup>156)</sup>、としめくくっている。

(iv) この時期に、国王の立法(制定法)、学識ある著者の作品、最高法院およびパリ裁判所(Châtelet)の活動によって、普通(共通)フランス民事訴訟法が形成され、フランス民事訴訟法の古典的形態が整ったが、それは先行する時期ときわめて一貫した性質を示しており、かつまた1806年のナポレオン民事訴訟法典によっても実質的に変更されなかった<sup>157)</sup>。フランス民事訴訟法は、「漸進的な近代化および数世紀の経験の成果であり、後期中世イタリア訴訟(ローマ=カノン訴訟)を基盤とするが、学識訴訟に全面的に極端な形では従わなかった」(ドイツほど支配的ではなかった)<sup>158)</sup>。「フランス民事訴訟はローマ的素材とゲルマン的素材の混合であり、ドイツ『普通訴訟』が廃止した若干のヨリ古いゲルマン的痕跡をとどめている。すなわち、このように書面性が進歩したにもかかわらず([1566年の]ムーランの王令!〔後出〕)、フランス民事訴訟はつねに口頭弁論<sup>フリーディング</sup>を維持し、1539年の(ヴィレ・コトレの)王令における職権主義(officium iudicis)への動きにもかかわらず、それは訴訟を当事者による裁判官の面前での決闘とする古い訴訟観を好み、裁判官が訴訟において真に積極的な役割を果たすことを否定した。さらにまた、フランス民事訴訟は、集中性と証拠中間判決(Beweisinterlokut)とを伴うドイツにおけるヨリ学識的な民事訴訟ほどシステムティックではない。すなわち、フランス訴訟は証拠中間判決を知らず、訴訟過程全体にわたって弁論と証拠の提出とが拡散することを許容していた。かくして、『ローマ=ゲルマン法族』の2つのもっとも重要なメ

156) Id., at 60.

157) Ibid.

158) Id., at 61. 「普通フランス民事訴訟は、啓蒙と革命の時代の批判に対抗したのみならず、1806年民事訴訟法典の形で、フランス国外、とりわけ学識訴訟がヨリ完全な勝利をおさめた諸国において、重要な役割を果たした」(Ibid.)。

ンバーのフランス訴訟とドイツ普通訴訟とでは、驚くべきことに前者の方がよりゲルマン的であった」<sup>159)</sup>。

国王の立法については、「13世紀から訴訟手続の発展に力強く参加してきた王権は、そのようなコントロールを継続し、教会裁判所 (officialities) を含むフランス全土に有効な最初のフランス民事訴訟法典を確立したのは、1667年のルイ14世の司法改革のための民事王令 (ルイ法典としても知られる) であった」とし、「その時代に国王のプラクティスを存続させた」それ以前の2つの大王令として、①1539年のヴィレ・コトレ (Villers-Cotterets) 王令と②1566年のムーラン (Moulins) 王令を挙げる<sup>160)</sup>。さらに、学問的努力については、「フランスの学者も訴訟事項に伝統的な関心を持ち続けており、Imbertの “Institutionis Forenses” (Paris, 1535) のような有名な著作は翻訳されて1548年に『民事および刑事裁判の実務』(Pratique Judiciaire Tant Civile que Criminelle) として再刊された。……この著作は1667年王令に影響を与えており、王令は若干の点を除いて同書の概念と配列に従っていて、立法と学問の実り多

159) Id., at 60. 「カノン訴訟では、両当事者に情報を伝達する書面が裁判官への情報伝達および裁判官による判決の形成にも用いられた。フランス民事訴訟では、それとは反対に、準備書面は両当事者の指示 (instruction) のみに用いられ、裁判所の意見——もし口頭の申立てのみにもとづいて裁判所が結論に到達できない場合には、裁判所は書面による審査を命ずることになるが——は依然として口頭弁論によって決定された」とカネヘムは注記する (Id., at 60, N.116)。

160) Id., at 61. カネヘムは、ヴィレ・コトレの王令は、「ラテン語にかえてフランス語の使用を強制し、裁判官の地位を強化し (かつては立証事項の整理 [formulation] は当事者の役割であったが、同王令は根拠薄弱な立証要素を裁判官が排除できるものとし、この改革は1667年王令に継承された)、さまざまな遅延を抑制しながら手続を短縮しようとした (原告が訴状 [書面] で正確な対象・主要弁論・証拠方法を特定するように強制し、裁判実務は、被告に対しても初期の段階で答弁書を提出するよう強制するようになった)」とする (Ibid.)。また、ムーランの王令は、「証拠手続において画期的で、同54条は、100リーヴルを越えるすべての取引は文書によって立証されなければならないとして、そのようなケースでの証人の利用を禁止した。」(徳田和幸『フランス民事訴訟法の基礎理論』[1994年] 131頁以下参照)、「一定の最低額を越える取引につき書面を強制する原則は、イタリアの中世後期の都市法において散発的にではあるが知られていた」(Ibid. & N.118)。

い相互作用の興味深い一例である」,「民事訴訟の大著は、アンシャン・レジーム末期に Pigeau によって 2 巻の権威的著作『パリ裁判所および王国の全裁判権の民事訴訟』(パリ, 1787 年) (Procédure Civile du Châtelet de Paris et Toutes les Jurisdictions du Royaume) が著され、著者の Pigeau は 1806 年民事訴訟法典の起草者であった」と指摘する<sup>161)</sup>。

以上の「序論」に続き、カネヘムは 1667 年民事王令に独立のセクションをあて、詳論する。カネヘムは、「立法(制定法)の傑作である 1667 年王令は、民事訴訟の諸原則については何の革新も意味してはいなかったが、王国全土にわたる民事訴訟のルールを、明確かつ簡潔な用語で、統一的かつ体系的表現で、国王の立法という権威をもって記述するという大きなメリットがあった。それは、革新というよりも、長く続いた発展の秩序正しい完成であって、フランス訴訟法に永続的なフォームを与えたのである」,と評価している<sup>162)</sup>。ここで主に解説されるのは、①口頭主義と書面主義、②手続構造、③裁判官と当事者の地位、④証人尋問(enquête)、⑤欠席、⑥上訴の各論点である。

まず第 1 に、この王令を準備した国務顧問官(Councillors of State)——とりわけ、コルベールのおじであった Pussort——は口頭主義に好意的で、書面の利用は行きすぎであると考えた<sup>163)</sup>。フランス民事訴訟手続は、①書面段階(原告・被告ないしその代訟人[procurators]が、主たる争点とその議論について書面でプレゼンテーションを行う)、②口頭段階(通常は代訟士[advocates]によって行われ、裁判所の説得を目的とする弁論)、③「第 3 の段階においては、裁判所の判断に応じて、公開期日に直ちに言い渡される判決か、当事者が書面により手続を進めるべきことを指示する裁判所の decree(要点判決[appointment en droit または appointment])のいずれかがありえた」、といった 3 段階で構成された。1667 年王令は、③の段階を短縮して、効率化するためのさまざまな

161) Ibid.

162) Ibid.

163) Id., at 61-62. たとえば立法担当者は当事者の代訟人(procurators)が準備手続裁判官(councillor)の面前で手続を進める instruction a la barre という実務に対して敵対的であった(Id., at 62)。

手段を導入したが、実際には要点判決手続は頻繁に利用され、訴訟遅延をまねいた<sup>164)</sup>。

第2に、「1667年王令は、裁判官と当事者の地位における若干のポスト中世(post-medieval)の発展を確認した。この点は、王令第10編の『事実項目に関する当事者尋問』(interrogatoires sur faits et articles)にうかがわれる。古い実務では、当事者自身が項目を準備しなけりばならなかったが、今やこれは裁判所を通じて行われることになった。これは明らかに民事事件における裁判所の職責(officium judicis)を強調する近代的傾向の一面である」<sup>165)</sup>。

第3に、大幅に制限されてではあるが、中世の証人尋問制度(enquête)は利用され続けた。「審問(inquest)は、適切な申立てにもとづき裁判所によって命ぜられ、受命裁判官(enquêteur)が証人を聴取する(hear)ために選任され、相手方当事者が宣誓にあたり出席する。証人たちは隔離して非公開で聴取された。証言記録は写しによって対立当事者に交付された。最後にその書類は裁判所に渡り、弁論が(pleas)が開始された。証言による証明の重要性が減じたことから、法定証拠の役割は減少した」<sup>166)</sup>。

第4に、「1667年王令は、フランスの欠席(default)に関する理論にその古典的表現を与えた。裁判所命令不服従が存在する場合はいつでも……対立当事者は適切な申立てをなすことが求められ、裁判所はそれにもとづく判決をなしうる、すなわち『欠席の利益』を相手方は得ることができた。原告の『申立て』(conclusions)は、もし『それが公正であると判明しかつ適正に立証されるならば』認容されるが、その場合に証拠の提出が求められることがあろう。実際のところ、伝統的な実務は、出席した当事者の欠席者に対する申立てを——事件の本案について完全な司法上の調査をすることなく——認容するとい

164) Id. at 62. 3種類の防禦方法すなわち、法廷回避の抗弁(exceptions déclinatoires. いったん訴訟応諾[contestation en cause]——エンゲルマン・前注4)419頁参照——の段階に達してしまうと、この抗弁は利用できない)、延期的抗弁(exceptions dilatoires)、減却的抗弁(exceptions péremtoires)にここで言及している。

165) Ibid.

166) Id. at 62-63.



うものであったが、しかしまた自動的に欠席者に対し判決を下すこともなく、裁判所は完全な書面による“instruction”（調聴調べ）を命ずることができたのである<sup>167)</sup>。

第5に、この時期にはカノン法起源の上訴手続がフランス全土に普及し、最高法院の「手続方例集」(Styles)にもこの手続を発見できる（制定法はほとんど存在しなかった）。しかしながら、上訴手続は、司法および当事者の利益よりも代訴士・代訴人の利益にかなうように長期化・複雑化していった。通常上訴のほかに、いわゆる非常上訴すなわち「再審請求」(proposition d'erreur)・(執行に対する)「異議」(opposition)・「再審申請」(civil request)があったが、1667年王令は、上訴期間を短縮するのみならず、古い再審請求と異議を廃止し、再審申請の範囲を厳格に制限するという重要な改正を行った。1667年王令は、フランス訴訟手続に典型的である破毀手続の直接の出発点でもあり、王令・勅令(edicts)・宣言(declaration)に反する最高法院の判決は無効であると定め、無効を宣言する権限を有する裁判官は、国王顧問会議(King's Council)のメンバーであった。国王顧問会議自らが判決を下すのではなく、法律上の過誤を理由とする破毀の場合に、法律審における判決理由の差戻しを行った<sup>168)</sup>。

最後にカネヘムは、「ナポレオン民事訴訟法典を通じて、フランスの実務と理論——1667年王令とそれに続くいずれの王令も、4世紀にわたって満足のゆくバランスのとれたシステムに成長してきたフランス民事訴訟の性質を変化させなかった——は、とりわけ低地諸国、ドイツ、イタリア、ロシアおよびスイスにおいて、そしてまたより小規模ではあるがスペインにおいて、ヨーロッパ的意義を獲得した」としめくくる<sup>169)</sup>。

167) Id. at 63.

168) Ibid.「これは近代的破毀の初まりであった。次のステップは、ダゲッソー(d'Aguesseau)の作品である1738年の基本的な規則(Réglement)であった。旧来の過誤を理由とする不服申立てとの決定的違いは、事実の過誤は排除されていて、破毀が可能であるのは、法(慣習または王令)の違反、管轄権の不存在、裁判所による権限濫用、本質的方式違背を理由とする場合であった、という点である」(Ibid.)。

169) Ibid.